SỔ TAY LUẬT SƯ

TẬP 2

KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ
TRONG TỐ TỤNG HÌNH SỰ, HÀNH CHÍNH, DÂN SỰ

LIÊN ĐOÀN LUẬT SƯ VIỆT NAM

JICA PHÁP LUẬT 2020

SỔ TAY LUẬT SƯ

TẬP 2

KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG TỐ TỤNG HÌNH SỰ, HÀNH CHÍNH, DÂN SỰ

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA SỰ THẬT
Hà Nội - 2017

CÁC TÁC GIẢ BIÊN SOẠN

Trưởng nhóm biên soạn: **LS.TS. Phan Trung Hoài**

PHẦN 1	:	KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG TỐ TỤNG HÌNH SỰ	
Chương 1	:	Những vấn đề chung	LS.TS. Phan Trung Hoài
Chương 2	:	Một số kỹ năng cơ bản của Luật sư khi tham gia tố tụng hình sự	LS.TS. Phan Trung Hoài LS.TS. Chu Thị Trang Vân
Chương 3	:	Kỹ năng hành nghề luật sư trong vụ án ma túy	LS. Hoàng Huy Được
Chương 4	:	Kỹ năng hành nghề luật sư trong vụ án tham nhũng	LS.TS. Phan Trung Hoài LS.ThS. Đinh Văn Quế
Chương 5	:	Kỹ năng hành nghề luật sư trong vụ án xâm phạm an ninh quốc gia	LS. Phạm Thanh Bình
Chương 6	:	Kỹ năng hành nghề luật sư trong việc bào chữa, bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho người dưới 18 tuổi	LS. Nguyễn Thị Hồng Liên LS.TS. Chu Thị Trang Vân
Chương 7	:	Kỹ năng hành nghề luật sư trong việc bào chữa, bảo vệ quyền lợi cho pháp nhân	TS.LS. Phan Trung Hoài
PHẦN 2	:	KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG TỐ TỤNG HÀNH CHÍNH	
Chương 8	:	Những vấn đề chung	LS. Phạm Công Hùng
Chương 9	:	Kỹ năng hành nghề luật sư trong vụ án hành chính	LS. Nguyễn Chiến
PHẦN 3	:	KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG TỐ TỤNG DÂN SỰ	
Chương 10	:	Những vấn đề chung	LS.ThS. Nguyễn Minh Tâm
Chương 11	:	Kỹ năng hành nghề luật sư trong vụ án dân sự	LS.ThS. Nguyễn Minh Tâm

LỜI NHÀ XUẤT BẢN

Công cuộc Đổi mới của Việt Nam đã trải qua hơn 30 năm và đạt được những thành tựu rất đáng ghi nhận, đặc biệt là về kinh tế - xã hội, cùng với đó là sự hoàn thiện từng bước của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa. Hệ quả của sự phát triển nhanh chóng này chính là rất nhiều các vấn đề ngày càng phức tạp trong sản xuất kinh doanh, quan hệ xã hội. Do đó, sự có mặt của Luật sư trong việc giải quyết các tranh chấp và tư vấn trong nhiều lĩnh vực là rất cần thiết và đã trở nên không còn xa lạ. Luật sư ngày nay được nhìn nhận với tư cách là một nghề nghiệp có vị thế và vai trò quan trọng, góp phần không nhỏ trong việc đem lại công bằng, bình đẳng cho xã hội.

Chính vì vị trí, vai trò và chức năng xã hội đặc biệt quan trọng như vậy, các Luật sư ngoài những kiến thức pháp luật sâu rộng, còn cần phải có những hiểu biết phong phú về nhiều lĩnh vực, đặc biệt, phải là người có đạo đức trong sáng, giàu lòng trắc ẩn và có tinh thần dũng cảm, luôn bảo vệ chính nghĩa. Muốn trở thành Luật sư, một cá nhân phải trải qua thời gian dài với không ít thử thách trong việc tích lũy kinh nghiệm, tạo dựng uy tín cá nhân. Vì vậy, nhiều Luật sư mới vào nghề có thể sẽ bỡ ngỡ và lúng túng trong xử lý các vụ việc cụ thể.

Với mục đích đào tạo những Luật sư vừa "hồng" vừa "chuyên", xây dựng đội ngũ Luật sư Việt Nam ngày càng vững mạnh, Liên đoàn Luật sư Việt Nam phối hợp với Cơ quan hợp tác Quốc tế Nhật Bản (JICA) biên soạn bộ ***Sổ tay luật sư*** gồm 3 tập và xuất bản tại Nhà xuất bản Chính trị quốc gia Sự thật.

Theo LS.TS. Phan Trung Hoài - Phó Chủ tịch Liên đoàn Luật sư Việt Nam, Trưởng Tiểu ban xây dựng ***Sổ tay luật sư*** thì bộ sách này là tập hợp những kinh nghiệm quý báu được chắt lọc theo kiểu "rút ruột nhả tơ" của những Luật sư có thâm niên và uy tín trong nghề, với tinh thần "cầm tay chỉ việc" nhằm dìu dắt thế hệ luật sư trẻ vững vàng hơn trong con đường hành nghề luật sư đầy khó khăn, thử thách.

Vì vậy, ngoài những lý thuyết chung, bộ sách tập trung vào trình bày các kỹ năng hành nghề, bao gồm: Kỹ năng cứng liên quan đến thực hành, áp dụng pháp luật và kỹ năng mềm trong quá trình cung cấp dịch vụ pháp lý mà các Luật sư cần chú ý. Bộ sách được chia làm 3 tập với nội dung chính như sau:

Tập 1 - Luật sư và hành nghề luật sư: Giới thiệu những nội dung cơ bản về Luật sư và nghề luật sư. Ngoài ra, Tập 1 cũng đề cập các vấn đề cơ bản nhưng đặc biệt quan trọng mà mỗi Luật sư cần quan tâm, như: Thù lao luật sư; Bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp luật sư; Hợp đồng dịch vụ pháp lý; Chế độ tài chính, kế toán và thuế mà Tổ chức hành nghề luật sư cần tuân thủ,...

Tập 2 - Kỹ năng hành nghề luật sư trong tố tụng hình sự, hành chính, dân sự: Giới thiệu những kỹ năng hành nghề của Luật sư khi tham gia tranh tụng trong các vụ án hình sự, hành chính, dân sự. Ngoài ra, Tập 2 cũng cung cấp một số vấn đề cơ bản và những kỹ năng mà Luật sư cần có khi tham gia tố tụng trọng tài.

Tập 3 - Kỹ năng hành nghề luật sư tư vấn trong lĩnh vực đầu tư, kinh doanh, thương mại: Giới thiệu những kỹ năng hành nghề của Luật sư trong lĩnh vực tư vấn đầu tư, kinh doanh, thương mại, đặc biệt là các lĩnh vực xây dựng, mua bán - sáp nhập (M&A), bất động sản,... Bên cạnh đó, Tập 3 còn cung cấp một số quy trình tư vấn cũng như mẫu văn bản tư vấn cụ thể mà các Luật sư có thể tham khảo khi thực hiện các dịch vụ tư vấn đặc thù.

Bộ ***Sổ tay luật sư*** (3 tập) thực sự là món quà có ý nghĩa của lớp luật sư đàn anh gửi tặng cho các thế hệ đi sau. Tuy nhiên, do đây là công trình của nhiều tác giả và được biên soạn trong một thời gian ngắn nên chắc chắn sẽ còn một số thiếu sót. Các tác giả và Nhà xuất bản rất mong nhận được ý kiến đóng góp của độc giả để bộ sách tiếp tục được hoàn thiện trong những lần xuất bản sau.

Xin trân trọng giới thiệu với bạn đọc.

Tháng 10 năm 2017

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA SỰ THẬT

MỤC LỤC

LỜI NÓI ĐẦU

Tiếp theo Tập 1, ***Sổ tay Luật sư Tập 2*** đề cập những kỹ năng cơ bản của luật sư trong tranh tụng, cụ thể là các kỹ năng của luật sư khi tham gia bào chữa, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho khách hàng trong tố tụng hình sự, tố tụng hành chính, tố tụng dân sự (bao gồm lĩnh vực kinh doanh - thương mại và tố tụng trọng tài).

Những vấn đề pháp lý trình bày ở Tập 2 chủ yếu được phân tích theo quy định của Luật luật sư năm 2006 sửa đổi, bổ sung năm 2012, và các đạo luật tố tụng đang có hiệu lực thi hành như Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003, Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015, Bộ Luật tố tụng hành chính năm 2015, những quy định của Bộ luật hình sự năm 2015 và Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 được Nghị quyết số 144/2016/QH13 ngày 29-6-2016 của Quốc hội ban hành cho phép áp dụng thực hiện đối với các quy định có lợi cho người phạm tội (điểm a, b khoản 4 Điều 1). Trong quá trình biên soạn, các tác giả cũng đã cập nhật các quy định pháp luật của những đạo luật mới được ban hành nhưng chưa có hiệu lực thi hành tính đến thời điểm biên soạn như Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017, Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Hai bộ luật này có hiệu lực từ ngày 01-01-2018. Ở một số chuyên đề có liên quan, ***Sổ tay Luật sư Tập 2*** cũng phân tích một số quy định của các văn bản pháp quy, văn bản hướng dẫn thi hành, Điều lệ Liên đoàn Luật sư Việt Nam, bộ Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam.

Nhìn chung, kỹ năng hành nghề luật sư trong tố tụng hình sự, hành chính, dân sự chủ yếu dựa trên căn cứ pháp lý quy định tại Điều 27 Luật luật sư năm 2006 sửa đổi, bổ sung năm 2012, quy định trong các luật,

bộ luật về tố tụng và kinh nghiệm tích lũy của các luật sư có thâm niên nghề nghiệp. Tuy nhiên, để một luật sư có thể hành nghề trong thực tiễn phụ thuộc rất nhiều vào việc tạo điều kiện của các cơ quan tiến hành tố tụng, cơ quan nhà nước và tổ chức, cá nhân khác. Tham gia tố tụng là một trong những hình thức dịch vụ pháp lý mà Luật sư được phép cung cấp cho khách hàng. Đây là lĩnh vực hành nghề có những khó khăn nhất định so với hoạt động tư vấn pháp luật hoặc cung cấp dịch vụ pháp lý do đặc thù là nhiều áp lực và mức độ rủi ro trong hoạt động hành nghề cao.

Liên đoàn Luật sư Việt Nam trân trọng cảm ơn các luật sư là những người có trải nghiệm hành nghề sâu sắc, đã dành nhiều tâm huyết đúc kết kinh nghiệm và kỹ năng hành nghề truyền lại cho các luật sư trẻ mới vào nghề, giúp họ có thêm hành trang để tự tin, chủ động trong việc cung cấp dịch vụ tham gia tố tụng nhằm bảo vệ quyền lợi cho các chủ thể trong xã hội.

TM. THƯỜNG TRỰC LIÊN ĐOÀN LUẬT SƯ VIỆT NAM

Trưởng Tiểu ban xây dựng ***Sổ tay Luật sư***

LS. TS PHAN TRUNG HOÀI

Phó Chủ tịch Liên đoàn luật sư Việt Nam

PHẦN I

KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG TỐ TỤNG HÌNH SỰ

Chương 1
NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG

I. VAI TRÒ CỦA LUẬT SƯ TRONG VIỆC CUNG CẤP DỊCH VỤ PHÁP LÝ

Trước yêu cầu của sự phát triển kinh tế - xã hội, đặc biệt là quyết tâm của Việt Nam trong việc gia nhập WTO, Luật luật sư năm 2006 sửa đổi, bổ sung năm 2012 (sau đây gọi tắt là Luật luật sư) ra đời đã đáp ứng được sự chờ đợi của giới luật sư và của xã hội trước những đòi hỏi, yêu cầu của việc xây dựng "Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân"[1], bảo đảm và tôn trọng quyền con người trong hoạt động tư pháp, đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế. Nhìn chung, Luật luật sư đã giải quyết được một phần những vướng mắc trong quá trình hoạt động nghề nghiệp của Luật sư theo Pháp lệnh luật sư năm 2001 và các văn bản pháp luật có liên quan trước đó, nâng cao giá trị hiệu lực của văn bản pháp luật điều chỉnh, mở ra một không gian pháp lý rộng rãi cho Luật sư hành nghề, đồng thời đặt ra đòi hỏi rất cao về tư cách, tiêu chuẩn đạo đức và trách nhiệm nghề nghiệp của Luật sư.

Thực tế cho thấy, phần lớn các Luật sư khi cầm trên tay chiếc Thẻ Luật sư đều nhận thức rõ ràng sứ mệnh, chức năng xã hội cao quý của nghề này nên đã cố gắng trau dồi kiến thức, bồi dưỡng phẩm chất đạo đức, nâng cao kỹ năng hành nghề. Tuy nhiên, vẫn có những Luật sư quan niệm chỉ cần được cấp Thẻ Luật sư mà không cần hành nghề,

1. Khoản 1 Điều 2 Hiến pháp năm 2013.

thậm chí đặt nặng tính chất dịch vụ thay cho sự phục vụ tận tâm đối với khách hàng.

Khi tham gia tố tụng, thông thường Luật sư phải chịu nhiều áp lực, quá trình hành nghề gặp nhiều trở ngại. Nguyên nhân của những khó khăn này phần lớn xuất phát từ việc một số cán bộ tiến hành tố tụng chưa có nhận thức đúng về vị trí, vai trò của Luật sư. Bên cạnh đó, do nhiều nguyên nhân, điều kiện khác nhau, bản thân những người tập sự hành nghề Luật sư qua chương trình đào tạo tại Học viện Tư pháp, tuy tiếp thu được những kiến thức và kỹ năng cơ bản, nhưng lại chưa có điều kiện trải nghiệm trong thực tiễn tố tụng.

Trong bối cảnh đó, vấn đề quan trọng nhất là, Luật sư phải nhận thức được vị trí, vai trò của bản thân trong đời sống xã hội và về thị trường dịch vụ pháp lý ngày càng phát triển như hiện nay. Luật sư là một chủ thể thực hiện pháp luật thông qua các thiết chế và khuôn khổ pháp lý do Nhà nước quy định và tổ chức, được cung cấp các dịch vụ pháp lý, thực hiện các quyền và nghĩa vụ khi cung cấp dịch vụ pháp lý cho khách hàng và bảo đảm sự áp dụng thống nhất các quy định của pháp luật. Bản chất hoạt động của Luật sư không chỉ là hoạt động tuân thủ pháp luật, mà chứa đựng trong đó các giá trị dân chủ, tính độc lập cùng với việc xây dựng, củng cố uy tín cá nhân và khẳng định giá trị của thương hiệu nghề nghiệp.

Trong điều kiện nước ta hiện nay, sự tham gia của Luật sư trong các hoạt động xét xử của Tòa án không chỉ thể hiện sự bảo đảm dân chủ của tiến trình tố tụng mà còn là cơ sở cho việc thực hiện quyền con người trong hoạt động tư pháp. Có thể nói, sự tham gia của đội ngũ Luật sư Việt Nam trong những năm qua đã có những ảnh hưởng, đóng góp không nhỏ đến kết quả hoạt động xét xử của Tòa án, đồng thời qua hoạt động nghề nghiệp này, hệ thống văn bản pháp luật về Luật sư cũng dần được hoàn thiện.

Trong điều kiện nói trên, việc trang bị các kỹ năng hành nghề chuyên nghiệp khi tham gia tố tụng trong các vụ án hình sự, dân sự, lao động, hành chính, hôn nhân và gia đình, kinh doanh - thương mại

hay tố tụng trọng tài có ý nghĩa rất quan trọng đối với các Luật sư mới vào nghề.

II. CHỨC NĂNG XÃ HỘI CỦA LUẬT SƯ TRONG HOẠT ĐỘNG TỐ TỤNG

Chức năng xã hội của Luật sư được quy định tại Điều 3 Luật luật sư: "*Hoạt động nghề nghiệp của Luật sư góp phần bảo vệ công lý, các quyền tự do, dân chủ của công dân, quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, cơ quan, tổ chức, phát triển kinh tế - xã hội, xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa, xã hội dân chủ, công bằng, văn minh*". Mỗi Luật sư trong nhận thức và hoạt động nghề nghiệp đều cần thấm nhuần tinh thần, nội hàm chức năng xã hội của nghề nghiệp nói trên để chuyển hóa thành các hành vi ứng xử, kỹ năng nghề nghiệp trong thực tiễn tham gia tố tụng, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho các chủ thể trong xã hội.

Nói tới chức năng xã hội của Luật sư là đề cập thiên chức và sứ mệnh của Luật sư, tới cách thức mà Luật sư hành nghề hướng đến những giá trị cơ bản làm nền tảng cho sự phát triển của xã hội. Chức năng này không phải tự nhiên mà có, bởi lẽ về bản chất, hoạt động Luật sư phản ánh trước hết nhu cầu của các chủ thể về trợ giúp pháp lý nhằm bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Nhìn từ góc độ lịch sử, có thể nhận thấy, việc hình thành nghề Luật sư trên thế giới có căn nguyên sâu xa từ cuộc đấu tranh chống áp bức, bất công trong xã hội. Chính từ hành động chống lại những bất công trong xã hội có giai cấp mà hình ảnh Luật sư xuất hiện đẹp đẽ như biểu tượng về lòng nghĩa hiệp, phản ánh ước vọng khát khao của các tầng lớp nhân dân về công bằng, dân chủ. Như vậy, hoạt động của Luật sư không thể tách rời với các điều kiện phát triển kinh tế - xã hội và mô hình tố tụng hình sự của mỗi quốc gia. Từ đó có thể thấy, các quan hệ xã hội được pháp luật điều chỉnh đã trở thành "dung môi" cho hoạt động nghề nghiệp của Luật sư. Nếu mất đi môi trường và đối tượng phục vụ là các chủ thể trong xã hội thì Luật sư sẽ mất đi nền tảng tạo thành mục tiêu hoạt động của mình.

Nhìn chung, chức năng xã hội của Luật sư được thể hiện thông qua khả năng đáp ứng nhu cầu pháp lý của các chủ thể trong xã hội một cách minh bạch, giúp những chủ thể này nhận biết chân thực và chính xác các nhu cầu chính đáng của mình. Quan niệm này xuất phát từ việc xác định vị trí Luật sư trong xã hội là người hướng dẫn pháp luật. Thông thường, một chủ thể trong xã hội trông cậy vào sự trợ giúp về mặt pháp lý của Luật sư vì họ tin tưởng không chỉ vào kiến thức pháp lý, kỹ năng hành nghề mà cả về tính liêm chính, chuẩn mực trong hành vi của mỗi Luật sư và Tổ chức hành nghề luật sư như một bộ phận trí thức ưu tú, có văn hóa và hoài bão, có ảnh hưởng nhất định đến quá trình phát triển của xã hội cũng như hoạt động tố tụng.

Vì thế, yêu cầu về phẩm chất của Luật sư khi tham gia tố tụng là phải tuân thủ pháp luật, có kỹ năng, kỷ luật, có trình độ chuyên môn, tận tâm với khách hàng và còn phải là người có tấm lòng yêu thương con người, một lòng vì chính nghĩa, tin tưởng vào công bằng xã hội. Trong một chừng mực nhất định, hình mẫu Luật sư phù hợp với điều kiện phát triển hiện nay ở Việt Nam phải là người có trình độ văn hóa và nhận thức chính trị, dựa trên nền tảng lý luận, tinh thông nghề nghiệp, có kiến thức pháp luật sâu sắc, có kinh nghiệm thực tiễn phong phú và phương pháp làm việc linh hoạt; vừa giữ được giới hạn các chuẩn mực của pháp luật và trách nhiệm nghề nghiệp, vừa biết vận dụng sáng tạo tinh thần thượng tôn pháp luật vào việc xử lý các vụ việc trong đời sống.

Khi tham gia tố tụng, Luật sư được xem như một "trợ tá trong hành trình tìm kiếm công lý". Ở đây, cần nhìn nhận về công lý trong điều kiện lịch sử, cụ thể của đất nước. Nhìn chung, công lý được coi là giá trị của một nền tư pháp dân chủ khi các quyền con người được tôn vinh và là đích đến của toàn bộ hệ thống tư pháp. Trong khi đó, pháp luật được coi là đại lượng công bằng trong đánh giá, xử sự, hành động của các chủ thể trong xã hội, tạo ra một cơ chế minh bạch nhằm bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức. Trong khi đó, hoạt động của Luật sư với sứ mệnh bảo vệ công lý, công bằng xã hội được coi là một tiêu chí để đánh giá uy tín, chất lượng của hoạt động

tư pháp. Với Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 02-01-2002 của Bộ Chính trị về “một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới” (sau đây gọi tắt là Nghị quyết số 08-NQ/TW), Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02-6-2005 của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 và sự hoàn thiện pháp luật về Luật sư (sau đây gọi tắt là Nghị quyết số 49-NQ/TW), có thể nói, nghề Luật sư ở nước ta đang có những cơ hội phát triển rất thuận lợi. Do đó, chức năng xã hội của Luật sư, xét trong điều kiện cụ thể của tiến trình cải cách tư pháp hiện nay là “một đòi hỏi tự thân của nền công lý và dân chủ xã hội chủ nghĩa ở nước ta”[1].

Khi nói tới chức năng xã hội của Luật sư nói chung và hoạt động tư pháp nói riêng, cần đặt vị trí Luật sư trong các mối quan hệ chi phối đến hoạt động nghề nghiệp và xem xét các yếu tố này trong tổng thể các giá trị của sự phát triển dân chủ, quan niệm về sự công bằng, văn minh cũng như các thành tố khác tạo nên một xã hội dân chủ. Hoạt động của Luật sư trong tố tụng thời gian qua đã góp phần mang đến cho xã hội nói chung và hoạt động tố tụng nói riêng những giá trị dân chủ, thông qua sự bình đẳng trong tranh tụng, đề xuất yêu cầu, đại diện hoặc bảo vệ quyền lợi hợp pháp của cá nhân, tổ chức.

Một khía cạnh đáng chú ý là Điều 3 Luật luật sư đã bỏ đối tượng “pháp chế xã hội chủ nghĩa” khi quy định chức năng xã hội của Luật sư như được nêu tại khoản 2 Điều 1 Pháp lệnh luật sư năm 2001. Sự thay đổi này không làm giảm đi nhiệm vụ “bảo vệ pháp chế xã hội chủ nghĩa” như một chức năng xã hội của Luật sư, đồng thời cũng không giới hạn nhiệm vụ, thiên chức của Luật sư chỉ nằm ở việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức như là nhiệm vụ, thiên chức duy nhất. Nói cách khác, Luật sư trong quá trình hành nghề không những chỉ quan tâm đến thù lao của khách hàng và những lợi ích vật chất, tinh thần mà còn phải quan tâm đến yếu tố phi vật chất, phi dịch vụ trong hoạt động trợ giúp pháp lý cho người nghèo, bào chữa theo

1. Trần Đức Lương: “Đẩy mạnh cải cách tư pháp đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam”, *Tạp chí Cộng sản*, số 1 (tháng 1-2002), tr.4.

chỉ định của cơ quan tố tụng, Đoàn Luật sư mà luật sư là thành viên hoặc tham gia với tư cách là Luật sư của tổ chức, đơn vị, từng bước đáp ứng nhu cầu cung cấp dịch vụ pháp lý của đông đảo các tầng lớp nhân dân. Ý nghĩa, tính chất trong việc phục vụ cho lợi ích cộng đồng, giúp lành mạnh hóa các quan hệ xã hội, hóa giải các xung đột về lợi ích giữa các cá nhân và chủ thể khác trong xã hội đã góp phần nâng cao vị thế của người Luật sư, giúp họ trở thành một cầu nối tuyên truyền và thực hiện pháp luật.

Như vậy, mặc dù chức năng xã hội của Luật sư tuy chỉ được quy định ngắn gọn trong Điều 3 Luật luật sư, nhưng ẩn chứa trong đó những quan niệm, ý nghĩa sâu xa về thiên chức nghề nghiệp, sự cống hiến và đóng góp to lớn của đội ngũ Luật sư trong tiến trình phát triển nền dân chủ, từng bước hướng đến tiếp cận với công lý, công bằng xã hội. Để làm tốt chức năng xã hội cao quý đó, bản thân mỗi Luật sư, dù hoạt động trong phạm vi và hình thức hành nghề nào cũng cần quan tâm đến việc xây dựng uy tín nghề nghiệp cá nhân, làm nền tảng cấu thành uy tín của tổ chức hành nghề luật sư và tổ chức xã hội - nghề nghiệp của luật sư. Về phần mình, uy tín của tổ chức Luật sư sẽ biểu hiện trực tiếp giá trị dân chủ của thể chế và hoạt động tố tụng của một quốc gia. Luật sư phải luôn lấy việc phụng sự công lý và bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của khách hàng làm mục đích thực hiện hoạt động nghề nghiệp, thực hiện trên cơ sở pháp luật, lấy uy tín làm gốc. Đây chính là yêu cầu nội tại, xuyên suốt trong toàn bộ quá trình và hoạt động nghề nghiệp của đội ngũ Luật sư.

Do đó, xây dựng chế độ tín nhiệm đối với Luật sư là bộ phận cấu thành quan trọng trong việc xây dựng chế độ tín nhiệm của xã hội đối với nghề Luật sư trong đời sống và trong tố tụng. Mỗi Luật sư phải có ý thức bảo vệ uy tín cá nhân của mình thông qua các hình thức và phạm vi hoạt động nghề nghiệp. Mất đi uy tín cá nhân là mất đi bản chất của Luật sư, tạo nên sự bị động khi tham gia tố tụng, đồng thời mất đi sự tin cậy của xã hội đối với tổ chức hành nghề luật sư. Tóm lại, uy tín cá nhân của Luật sư được coi là yếu tố sống còn của hoạt động nghề nghiệp

Luật sư, là nền tảng cho việc thực hiện chức năng xã hội của Luật sư. Vì vậy, mỗi Luật sư phải phấn đấu từng bước xây dựng hình ảnh của mình trong xã hội như một "vệ sĩ" bảo vệ chính nghĩa, công bằng và dân chủ trong trái tim của công chúng.

III. MỘT SỐ KHÓ KHĂN, VƯỚNG MẮC

Từ thực tiễn áp dụng pháp luật trong hoạt động xét xử của Tòa án trong thời gian qua, có thể nhận thấy một số khó khăn, vướng mắc đối với các Luật sư khi tham gia tố tụng như sau:

Một là, với tư cách chủ thể áp dụng pháp luật. Tòa án là cơ quan tài phán có thẩm quyền xét xử, giải quyết các vụ việc, đưa ra các căn cứ pháp lý nhằm phân định đúng sai, xác định chủ thể thực hiện hành vi có tội hay không có tội, bảo vệ sự công bằng, lợi ích của các bên đương sự trên cơ sở các quy định pháp luật cụ thể. Tuy nhiên, do mô hình tố tụng nói chung và tố tụng hình sự nói riêng hiện nay ở nước ta chủ yếu dựa trên xét hỏi kết hợp với tranh tụng nên quá trình xét xử chủ yếu là hoạt động thẩm vấn của Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Đại diện Viện kiểm sát (nếu có). Trong quá trình nghiên cứu hồ sơ, thông qua lăng kính nhận thức chủ quan, Thẩm phán phần nhiều đã định hình một chủ thể là có tội hay không có tội, hành vi họ thực hiện là hợp pháp hay không hợp pháp, có thể trong một chừng mực nhất định, quá trình thẩm vấn tại tòa thực chất chỉ là sự chứng minh cho nhận thức có sẵn trước đó của Thẩm phán. Trong trường hợp này, các yếu tố khách quan bên ngoài như sự kiện đặc biệt, tình tiết chứng cứ mới, v.v., đôi khi không có ý nghĩa trong việc đưa ra phán quyết cuối cùng. Do đó, có lúc Thẩm phán chưa giữ được vai trò là người trọng tài, phân định một cách vô tư và khách quan.

Hai là, sự tham gia tố tụng của Luật sư ngay từ giai đoạn giải quyết tin báo, tố giác tội phạm, giai đoạn điều tra, khởi tố bị can còn hạn chế, nên tình trạng xét xử với quan niệm "án tại hồ sơ" còn tương đối phổ biến, dẫn đến cách suy nghĩ những gì thể hiện trong hồ sơ là bất biến, có giá trị chứng minh, bất kể trình tự thu thập chúng có đúng pháp luật hay không. Những bất cập nêu trên thực chất đã không cho phép các

chủ thể áp dụng pháp luật có bất kỳ cơ hội nào để phản biện về tính đúng đắn của các quyết định áp dụng pháp luật. Thực trạng này cũng bắt nguồn từ quan niệm hoạt động của Luật sư chỉ là hoạt động bổ trợ tư pháp, không mang tính chủ động và độc lập, phụ thuộc vào cơ chế "xin - cho" v.v..

Ba là, bản thân các quy phạm pháp luật còn ít nhiều mang tính hình thức, máy móc, các tiêu chí áp dụng pháp luật chưa phản ánh được sự phức tạp, đa chiều của đời sống xã hội. Nói cách khác, pháp luật, với tư cách là đối tượng áp dụng của các chủ thể hoạt động tư pháp vốn còn bất cập, chưa theo kịp sự phát triển sôi động của đời sống hiện nay. Biểu hiện rõ nét nhất là cách thức áp dụng pháp luật về tội phạm trong các vụ án hình sự hoặc quan niệm "án dân sự xử thế nào cũng được" của một số cơ quan, người tiến hành tố tụng. Khi Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 có hiệu lực, vấn đề này đã được giải quyết cơ bản thông qua quy định tại khoản 2 Điều 4: *"Tòa án không được từ chối giải quyết vụ việc dân sự với lý do chưa có điều luật để áp dụng"*[1]. Như vậy, ở thời điểm hiện tại, Tòa án phải thụ lý, giải quyết các yêu cầu khởi kiện, kể cả đối với các quan hệ xã hội mà pháp luật chưa điều chỉnh

Thông qua những khó khăn, vướng mắc khi tham gia thực tiễn xét xử nêu trên, mỗi Luật sư cần nhận thức được vai trò của mình trong quá trình áp dụng thống nhất pháp luật và cần lưu ý những điểm cụ thể trong kỹ năng hành nghề của Luật sư như sau:

Thứ nhất, kỹ năng hành nghề của Luật sư phải dựa trên cơ sở tuân thủ pháp luật.

Theo các quy định chung của các bộ luật tố tụng, Luật sư với tư cách là người tham gia tố tụng có nhiệm vụ cùng với khách hàng của mình tìm kiếm chứng cứ, tài liệu chứng minh và đề xuất các giải pháp pháp lý cho việc áp dụng thống nhất pháp luật. Đối diện với cáo buộc của các cơ quan tiến hành tố tụng đối với khách hàng, Luật sư có trách nhiệm tìm ra các lựa chọn cho việc áp dụng pháp luật bằng cách chỉ ra

1. Khoản 2 Điều 4 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015

tính thiếu căn cứ của các cáo buộc đó hoặc của tinh thần điều luật được áp dụng. Ví dụ, trong một thời gian dài trước đây, các nhà làm luật chưa chỉ rõ khía cạnh chủ thể của tội danh trốn thuế là pháp nhân hay cá nhân. Trong khi đó, trên thực tế, pháp nhân mới là chủ thể áp dụng và có nghĩa vụ nộp các loại thuế liên quan đến hoạt động kinh doanh; còn cá nhân, dưới danh nghĩa giám đốc, tổng giám đốc chỉ bị điều chỉnh bởi Luật thuế thu nhập cá nhân và chịu trách nhiệm với tư cách đại diện theo pháp luật của pháp nhân (nếu có). Tương tự như vậy, đối với các tội phạm về ô nhiễm môi trường, chưa có cơ sở pháp lý cho việc xem xét trách nhiệm hình sự của pháp nhân. Chưa kể, khi xem xét đối tượng là pháp nhân, còn phải xem xét đến các yếu tố như các thành viên góp vốn, cổ đông, giới hạn trách nhiệm theo tỷ lệ góp vốn theo các quy định của Luật doanh nghiệp, v.v.. Từ thực tiễn nêu trên, đến khi Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017 (sau đây gọi tắt là Bộ luật hình sự năm 2015) ra đời, vấn đề truy cứu trách nhiệm hình sự của pháp nhân mới được đặt ra.

Tóm lại, khi tham gia tố tụng, Luật sư có trách nhiệm tuân thủ pháp luật tố tụng, giải quyết hài hòa giữa hai yêu cầu tưởng chừng mâu thuẫn là bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, tổ chức và tôn trọng sự thật, bảo vệ tính hiệu lực của pháp luật. Sự thống nhất các quyền lợi khác nhau trong một trật tự pháp luật chỉ có thể có được khi Luật sư nhận thức được ý nghĩa đặc biệt quan trọng về “sứ mệnh trợ tá công lý” của hoạt động nghề nghiệp, mang đến công bằng và dân chủ cho các tiến trình tố tụng.

Thứ hai, thông qua hoạt động tham gia tố tụng, Luật sư trở thành người giải thích, hướng dẫn thực thi pháp luật.

Là người có kiến thức pháp luật sâu sắc, Luật sư tham gia vào quá trình hướng dẫn thực hiện pháp luật, tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật ngay trong các giai đoạn tố tụng, nhất là tại các phiên tòa hình sự, trong quá trình tư vấn hoặc thực hiện các dịch vụ pháp lý khác. Nhìn chung, các bị cáo hoặc đương sự trong các quan hệ tố tụng đều có sự lo ngại do hạn chế về hiểu biết pháp luật, nên tại phiên tòa thường né tránh,

khai báo quanh co, thậm chí, hiểu sai tinh thần của một điều luật. Mặt khác, có một số trường hợp các chủ thể này lại tìm cách "lách luật", "dẫn dắt" Luật sư thực hiện các yêu cầu trái với pháp luật hoặc trái đạo đức nghề nghiệp. Trách nhiệm hướng dẫn pháp luật trong quá trình tham gia tố tụng tại Tòa án đòi hỏi các Luật sư ngoài sự tinh thông về pháp luật còn phải có sự hiểu biết sâu về tâm lý, kinh nghiệm đời sống xã hội, xác định được bản chất vụ án và suy nghĩ của khách hàng, giúp họ hiểu, vận dụng pháp luật một cách đúng đắn. Có thể nói, sự tham gia của Luật sư trong thực tiễn xét xử là một trong những "kênh" hướng dẫn pháp luật có hiệu quả nhất. Bởi lẽ bị can, bị cáo, đương sự thường tin tưởng và "gửi gắm số phận", kỳ vọng của mình vào Luật sư.

Thứ ba, thông qua thực tiễn tham gia tố tụng, Luật sư góp phần sáng tạo trong quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật.

Đây là một loại hoạt động đặc biệt của Luật sư, thể hiện sự độc lập, sáng tạo trong quá trình hành nghề, bởi lẽ:

Cùng với các chức danh tư pháp khác, Luật sư cũng là chủ thể của quá trình áp dụng pháp luật, là người phát hiện ra sự bất cập, mâu thuẫn của các quy định pháp luật. Tại các phiên tòa, các Luật sư bao giờ cũng là người chủ động phát hiện những vi phạm về thủ tục tố tụng, việc áp dụng pháp luật thiếu căn cứ. Sự phát hiện này là tiền đề của hoạt động sáng tạo trong áp dụng pháp luật.

Khả năng độc lập của Luật sư cũng thường được thể hiện trong việc tìm kiếm, tổng hợp, đánh giá các căn cứ pháp lý áp dụng trong thực tiễn xét xử. Hồ sơ vụ án thường chứa đựng rất ít thông tin liên quan đến pháp luật làm cơ sở phản biện hoặc thu thập chứng cứ không đầy đủ. Thông qua hoạt động tìm kiếm, tổng hợp, đánh giá các căn cứ pháp lý liên quan đến vụ án, Luật sư sẽ có cơ hội phát hiện những bất cập của pháp luật, các nguyên nhân khách quan và chủ quan của hành vi sai phạm cũng như các yếu tố khác tác động đến việc xác định sự thật khách quan của vụ án (nếu có).

Hoạt động sáng tạo trong xây dựng và hoàn thiện pháp luật của Luật sư nhìn từ thực tiễn xét xử còn là quá trình tranh luận đến cùng

để hạn chế áp dụng hoặc xem xét lại những quy định pháp luật bất cập, kiến nghị các giải pháp hoàn thiện. Ví dụ, trong vụ án Minh Phụng - Epco, các Luật sư đã kiên quyết đấu tranh về những bất hợp lý trong việc định giá tài sản bảo đảm cho việc cấn trừ công nợ của ngân hàng. Chính sự áp dụng căn cứ định giá là phần chênh lệch giữa trị giá tài sản thế chấp và các khoản nợ tín dụng của ngân hàng đã khiến vụ án bị cáo buộc thuộc trường hợp gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng. Thực tế, sau phiên tòa phúc thẩm Minh Phụng - Epco khoảng 4 tháng, Tòa án nhân dân tối cao đã có văn bản cho phép các bên có thể tự thỏa thuận định giá tài sản theo giá thị trường. Lúc này, những hệ quả phát sinh từ việc xử lý tài sản trong quá trình thi hành án của các doanh nghiệp nói trên đã trở nên phức tạp do việc định giá, bán và kinh doanh các tài sản này trước đó đã không còn phù hợp với quyết định của bản án phúc thẩm, xa rời cơ chế thị trường, v.v..

Các Luật sư mới vào nghề mặc dù đã được trang bị về kiến thức trong quá trình đào tạo ở Học viện Tư pháp hoặc các cơ sở đào tạo khác, nhưng không phải ai cũng có thể dễ dàng hiểu rõ về môi trường pháp lý và thực tiễn hành nghề ở Việt Nam để có được những định hướng đúng đắn cho mục tiêu nghề nghiệp của mình. Mỗi Luật sư đều phải có trải nghiệm, tâm huyết và trách nhiệm đối với cuộc sống, nghề nghiệp, cảm nhận ý nghĩa cao quý của nghề Luật sư khi cung cấp dịch vụ pháp lý theo phạm vi tham gia tố tụng.

IV. NGUYÊN TẮC SUY ĐOÁN VÔ TỘI, NGUYÊN TẮC TRANH TỤNG TRONG XÉT XỬ

Việc bảo đảm cho người bị buộc tội thực hiện các quyền và nghĩa vụ, trong đó có quyền được coi là không có tội cho đến khi được chứng minh theo trình tự, thủ tục; quyền không buộc phải chứng minh là mình vô tội; quyền trình bày lời khai, trình bày ý kiến, không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc nhận mình có tội; tự bào chữa, nhờ người bào chữa, v.v., đã được thể hiện trong nhiều quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Cụ thể:

Theo quy định tại Điều 15 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 về nguyên tắc xác định sự thật của vụ án, người bị buộc tội có quyền nhưng không buộc phải chứng minh là mình vô tội.

Người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang và người bị bắt theo quyết định truy nã có quyền được nghe, nhận lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp, lệnh bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, quyết định phê chuẩn lệnh bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, quyết định truy nã; được biết lý do mình bị giữ, bị bắt; được thông báo, giải thích về quyền và nghĩa vụ quy định tại Điều 58 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015; được trình bày lời khai, trình bày ý kiến, không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội; đưa ra chứng cứ, tài liệu, đồ vật, yêu cầu; trình bày ý kiến về chứng cứ, tài liệu, đồ vật liên quan và yêu cầu người có thẩm quyền tố tụng kiểm tra, đánh giá; tự bào chữa, nhờ người bào chữa, khiếu nại quyết định, hành vi tố tụng của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng trong việc giữ người, bắt người (Điều 58 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015). Người bị tạm giữ, bị can, bị cáo, ngoài các quyền liên quan việc thông báo các quyết định và lý do bị tạm giữ, bị bắt tạm giam, còn được trình bày lời khai, trình bày ý kiến và không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội; đưa ra tài liệu, đồ vật, yêu cầu; tự bào chữa, nhờ người bào chữa, v.v.. (Điều 59, 60, 61 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015).

Quan trọng hơn, Điều 98 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 đã quy định: *"Lời nhận tội của bị can, bị cáo chỉ có thể được coi là chứng cứ, nếu phù hợp với những chứng cứ khác của vụ án. Không được dùng lời nhận tội của bị can, bị cáo làm chứng cứ duy nhất để buộc tội, kết tội"*. Như vậy, ngay cả trong trường hợp bị can, bị cáo nhận tội vì bất cứ lý do gì, nhưng lời nhận tội đó không phù hợp với các chứng cứ khác của vụ án thì các cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng cũng không đủ căn cứ buộc tội, kết tội bị can, bị cáo.

Cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng có nghĩa vụ thông báo, giải thích, bảo đảm thực hiện quyền và nghĩa vụ của người

tham gia tố tụng theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Theo khoản 2 Điều 183 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, trước khi tiến hành hỏi cung lần đầu, Điều tra viên phải giải thích cho bị can biết rõ quyền và nghĩa vụ theo quy định tại Điều 60 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, việc này phải được ghi vào biên bản. Trường hợp người bị buộc tội, người bị hại thuộc diện được trợ giúp pháp lý theo quy định của Luật trợ giúp pháp lý hiện hành thì cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng có trách nhiệm giải thích cho họ quyền được trợ giúp pháp lý; nếu họ đề nghị được trợ giúp pháp lý thì cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng thông báo cho Trung tâm trợ giúp pháp lý nhà nước. Việc thông báo, giải thích phải ghi vào biên bản như được quy định tại Điều 71 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015.

Việc bảo đảm quyền của người bị buộc tội còn thể hiện thông qua trách nhiệm của các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng trong việc thông báo trước một thời gian hợp lý cho người bào chữa về thời gian, địa điểm tiến hành các hoạt động tố tụng mà họ có quyền tham gia theo quy định tại Điều 79 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Trong trường hợp người bào chữa đã được cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng báo trước mà không có mặt và sự vắng mặt này không vì lý do bất khả kháng, hoặc không do trở ngại khách quan hoặc được triệu tập lần thứ hai mà tiếp tục vắng mặt thì Tòa án vẫn mở phiên tòa xét xử theo quy định tại Điều 291 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015.

Nhằm cụ thể hóa và bảo đảm nguyên tắc tranh tụng trong xét xử được quy định tại khoản 5 Điều 103 Hiến pháp năm 2013, Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 đã quy định chi tiết nội dung của nguyên tắc quan trọng này tại Điều 26. Cụ thể: Trong quá trình khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, Điều tra viên, Kiểm sát viên, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng khác, người bị buộc tội, người bào chữa và những người tham gia tố tụng khác đều có quyền bình đẳng trong việc đưa ra chứng cứ, đánh giá chứng cứ, đưa ra yêu cầu để làm rõ sự thật khách quan của vụ án. Các tài liệu, chứng cứ trong hồ sơ vụ án hình sự do Viện kiểm sát chuyển đến Tòa án để xét xử phải đầy đủ và hợp pháp. Phiên tòa

xét xử vụ án hình sự phải có mặt đầy đủ những người theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, trường hợp vắng mặt phải vì lý do bất khả kháng hoặc do trở ngại khách quan hoặc trường hợp khác do Bộ luật tố tụng hình sự quy định. Tòa án có trách nhiệm tạo điều kiện cho Kiểm sát viên, bị cáo, người bào chữa, những người tham gia tố tụng khác thực hiện đầy đủ quyền, nghĩa vụ của mình và tranh tụng dân chủ, bình đẳng trước Tòa án. Mọi chứng cứ xác định có tội, chứng cứ xác định vô tội, các tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, áp dụng theo quy định của Bộ luật hình sự hiện hành để xác định tội danh, quyết định hình phạt, mức bồi thường thiệt hại đối với bị cáo, xử lý vật chứng và những tình tiết khác có ý nghĩa giải quyết vụ án đều phải được trình bày, tranh luận, làm rõ tại phiên tòa. Bản án, quyết định của Tòa án phải căn cứ vào kết quả kiểm tra, đánh giá chứng cứ và kết quả tranh tụng tại phiên tòa.

Tăng cường tranh tụng trong hoạt động tố tụng hình sự là tư tưởng mang tính đột phá, xuyên suốt trong nội dung đổi mới, hoàn thiện mô hình tố tụng hình sự Việt Nam và được xác định là một trong những vấn đề quan trọng nhất của cải cách tư pháp, được thể hiện rõ nét trong các Nghị quyết số 08-NQ/TW và Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị, là giải pháp quan trọng, tạo những bước cải cách có tính đột phá trong hoạt động tố tụng hình sự. Việc quy định nguyên tắc này trong Bộ luật tố tụng hình sự đã tạo cơ hội mở rộng và tăng cường hơn nữa môi trường dân chủ, công khai, công bằng của quá trình giải quyết vụ án hình sự; thiết lập các cơ chế để bảo vệ ngày càng tốt hơn quyền con người, bảo đảm quyền dân chủ cho bị can, bị cáo, người đại diện của họ; mở ra các khả năng và điều kiện tốt nhất để người bào chữa tham gia, giúp quá trình giải quyết vụ án được khách quan, toàn diện, triệt để, vô tư; bảo đảm việc giải quyết vụ án đúng người, đúng tội, đúng pháp luật.

Việc lưu tâm những vấn đề thuộc về nhận thức nêu trên sẽ giúp Luật sư ứng xử, thực hiện các kỹ năng hành nghề phù hợp để bảo vệ tốt nhất quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng.

V. CÁC HÀNH VI BỊ NGHIÊM CẤM VÀ NGHĨA VỤ CỦA LUẬT SƯ KHI THAM GIA TỐ TỤNG

Các hành vi bị nghiêm cấm (trong đó bao gồm cả các nghĩa vụ của Luật sư) khi tham gia tố tụng được quy định tại Điều 9 Luật luật sư; khoản 5 Điều 72; khoản 2 và 3 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015; khoản 3 Điều 75, khoản 7 Điều 76 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015, điểm e khoản 3, điểm g khoản 6 Điều 61 Luật tố tụng hành chính năm 2015 và Quy tắc 14, 20, 24, 26.3 Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam, nhìn chung bao gồm các hành vi sau đây:

Thứ nhất, cung cấp dịch vụ pháp lý cho khách hàng có quyền lợi đối lập nhau trong cùng vụ án hình sự, vụ án dân sự, vụ án hành chính, việc dân sự, các việc khác theo quy định của pháp luật (sau đây gọi chung là vụ, việc).

Đây là một trong những điều cấm kỵ căn bản mà mỗi Luật sư cần lưu ý trong quá trình hành nghề khi tham gia tố tụng. Trong thực tiễn, vấn đề xác định nội hàm khái niệm "quyền lợi đối lập nhau trong cùng một vụ án" có thể hiểu đơn giản như quyền lợi giữa bị cáo với bị hại, người liên quan; giữa nguyên đơn với bị đơn, v.v.. Tuy nhiên, cũng có trường hợp, trong một vụ án hình sự có nhiều bị cáo, Luật sư nhận trách nhiệm bảo vệ quyền lợi cho cả giám đốc và nhân viên mà trong quá trình điều tra, lời khai của họ mâu thuẫn, đổ trách nhiệm cho nhau; lại có trường hợp, Luật sư bào chữa cho một bị cáo trong vụ án này, nhưng khi bào chữa cho một bị cáo trong một vụ án khác có cùng nguyên đơn dân sự, cơ quan điều tra lại từ chối tư cách người bào chữa mặc dù là hai vụ án khác nhau. Như vậy, các chủ thể có quyền lợi có đối lập nhau hay không phụ thuộc một phần vào nhận định của Luật sư, phần lớn còn lại do đánh giá của các cơ quan tiến hành tố tụng. Trong một số trường hợp, cơ quan điều tra yêu cầu Luật sư khi làm thủ tục đăng ký bào chữa phải làm cam kết không đồng thời tham gia với tư cách là nhân chứng, người liên quan, người phiên dịch hay giám định, trong khi thực tế, Luật sư không hề có tư cách tham gia vào các vai trò nói trên.

Thứ hai, cố ý cung cấp hoặc hướng dẫn khách hàng cung cấp tài liệu, vật chứng giả, sai sự thật; xúi giục người bị tạm giữ, bị can, bị cáo, đương sự khai sai sự thật hoặc xúi giục khách hàng khiếu nại, tố cáo, khiếu kiện trái pháp luật.

Các hành vi được liệt kê ở trên đã phản ánh mức độ và biểu hiện của các dạng vi phạm pháp luật trong quá trình hành nghề của Luật sư khi tham gia tố tụng; trong một số trường hợp có thể dẫn đến nguy cơ Luật sư bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Điểm d khoản 2 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định nghĩa vụ của Luật sư là phải tôn trọng sự thật; không được mua chuộc, cưỡng ép hoặc xúi giục người khác khai báo gian dối, cung cấp tài liệu sai sự thật. Quy tắc 14.1 trong Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp của luật sư Việt Nam quy định Luật sư không được "chủ động xúi giục, kích động khách hàng kiện tụng hoặc thực hiện những hành vi khác trái pháp luật". Ngoài ra, trong mối quan hệ với các cơ quan tiến hành tố tụng, Quy tắc 24.2 quy định Luật sư không được có hành vi "cung cấp thông tin, tài liệu, chứng cứ mà Luật sư biết rõ là sai sự thật; tham gia hay hướng dẫn khách hàng tạo thông tin, tài liệu, chứng cứ sai sự thật để cung cấp cho cơ quan tiến hành tố tụng hoặc thực hiện những hành vi khác với mục đích lừa dối cơ quan tiến hành tố tụng".

Tuy nhiên, có những trường hợp, bản thân Luật sư cũng không đủ khả năng để phân biệt hay nhận thức tài liệu, vật chứng mà khách hàng cung cấp là giả mà phải thông qua giám định khoa học - kỹ thuật hình sự. Do đó, khi tiếp nhận tài liệu, vật chứng trước khi nộp cho cơ quan tiến hành tố tụng, Luật sư cần trao đổi kỹ với khách hàng về tính xác thực của tài liệu, vật chứng, nguồn gốc hình thành, mối liên hệ với vụ án để từ đó quyết định giao nộp hay sử dụng để chứng minh.

Mặt khác, trong thực tiễn, do xuất phát từ nhu cầu hoặc bức xúc của khách hàng, Luật sư không đưa ra những lời khuyên, phân tích, đánh giá mức độ phải trái mà xúi giục người bị tạm giữ, bị can, bị cáo, đương sự khai sai sự thật hoặc xúi giục khách hàng khiếu nại, tố cáo, khiếu kiện trái pháp luật. Ranh giới giữa sự "đồng cảm" của Luật sư với khách hàng và việc tiếp tay để khách hàng khai sai sự thật hoặc khiếu nại, tố cáo, khiếu kiện trái pháp luật là rất mong manh. Bởi đôi khi, do chiều lòng

khách hàng, Luật sư bỏ mặc việc khai báo của khách hàng, vì đơn giản nghĩ, lời khai nếu không phù hợp với các chứng cứ khác có trong hồ sơ thì cũng không được coi là chứng cứ. Ngoài ra, Luật sư tư vấn cho các vụ khiếu kiện đông người, liên quan vấn đề đất đai, môi trường cần thận trọng và tuân thủ quy trình, kỹ năng hành nghề của Luật sư trên cơ sở thực hiện đúng các quyền và nghĩa vụ của mình.

Thứ ba, tiết lộ thông tin về vụ, việc, về khách hàng mà mình biết được trong khi hành nghề, trừ trường hợp được khách hàng đồng ý bằng văn bản hoặc pháp luật có quy định khác.

Đây có thể coi vừa là hành vi bị cấm, vừa là bổn phận đạo đức của mỗi Luật sư khi cung cấp dịch vụ pháp lý cho khách hàng. Điểm g khoản 2 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định nghĩa vụ của Luật sư là "không được tiết lộ thông tin về vụ án, về người bị buộc tội mà mình biết khi bào chữa, trừ trường hợp người này đồng ý bằng văn bản và không được sử dụng thông tin đó vào mục đích xâm phạm lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân".

Mỗi Luật sư cần lưu ý từ việc nhỏ nhất là trao đổi về thông tin của khách hàng với những người không liên quan đến vụ án, hoặc nghiêm trọng hơn là tiếp xúc, thông tin cho báo chí hoặc cơ quan không có thẩm quyền. Hơn nữa, nội hàm "thông tin về vụ việc, về khách hàng" khá rộng, chỉ khi nào khách hàng cho rằng việc tiết lộ thông tin nói trên làm ảnh hưởng đến uy tín, danh dự, quyền lợi hợp pháp của họ thì mới phát sinh việc xem xét trách nhiệm của Luật sư.

Một trong những vấn đề gây tranh cãi trong thời gian qua là nếu thực thi nghiêm túc quy định về hành vi bị cấm này của Luật sư thì liệu có mâu thuẫn với trách nhiệm của Luật sư trong việc tố giác hành vi vi phạm pháp luật của khách hàng hay không? Ngày 20-6-2017, Quốc hội đã thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật hình sự năm 2017, trong đó sửa đổi, bổ sung quy định tại khoản 3 Điều 19 Bộ luật hình sự năm 2015 như sau: "*Người không tố giác là người bào chữa không phải chịu trách nhiệm hình sự theo quy định tại khoản 1 Điều này,*

trừ trường hợp không tố giác các tội quy định tại Chương XIII của Bộ luật này hoặc tội khác là tội phạm đặc biệt nghiêm trọng do chính người mà mình bào chữa đang chuẩn bị, đang thực hiện hoặc đã thực hiện mà người bào chữa biết rõ khi thực hiện việc bào chữa".

Trong quá trình thảo luận dự thảo để thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật hình sự năm 2017, theo quan điểm của Liên đoàn Luật sư Việt Nam, quy định này có thể sẽ làm hạn chế và gây bất lợi cho người bào chữa, bởi với chức năng, trách nhiệm nghề nghiệp, muốn bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho người bị tình nghi, bị buộc tội thì Luật sư phải có được sự tin tưởng từ khách hàng và điều này sẽ ảnh hưởng đến việc tiết lộ các thông tin liên quan đến vụ việc mà Luật sư đang đảm nhận. Việc quy định người bào chữa phải tố giác các thông tin do người bị tình nghi, người bị buộc tội có thể dẫn đến giảm sút sự tin cậy của khách hàng vào chức năng xã hội của Luật sư, gây hạn chế trong sự chia sẻ thông tin một cách trung thực giữa người bị tình nghi, bị buộc tội với người bào chữa. Đó là chưa kể, nếu chưa có sự xác minh, thẩm tra, đánh giá thì rất khó có căn cứ để xác định những thông tin mà khách hàng tiết lộ là đúng sự thật hay không, việc tố giác của Luật sư lúc này dễ rơi vào trường hợp bị cáo buộc ngược lại với tội danh vu khống.

Trong khi đó, trừ nhóm tội xâm phạm an ninh quốc gia được quy định từ Điều 108 đến Điều 121 Bộ luật hình sự năm 2015 (các tội xâm phạm an ninh quốc gia), thì quy định người bào chữa phải chịu trách nhiệm hình sự nếu không tố giác các tội phạm ở mức đặc biệt nghiêm trọng, có khung hình phạt từ 15-20 năm tù, chung thân hoặc tử hình theo quy định tại khoản 3 Điều 19 là không phù hợp vì hầu hết đó là các tội mà người bào chữa vẫn thường tham gia hoặc được chỉ định bào chữa theo quy định tại Điều 76 Bộ luật này.

Ngoài ra, việc quy định xử lý trách nhiệm hình sự của người bào chữa như ở khoản 3 Điều 19 rất dễ dẫn đến việc "tùy tiện" áp dụng để xử lý người bào chữa, đặc biệt trong trường hợp cơ quan tiến hành tố tụng không muốn người bào chữa tham gia tố tụng trong vụ án hình sự khi quan điểm bào chữa khác biệt hoặc ngược lại với quan điểm buộc tội.

Như vậy, theo quy định hiện hành, người bào chữa được miễn trách nhiệm hình sự khi không tố giác tội phạm, vì việc tố giác đi ngược lại nghĩa vụ bảo mật thông tin trao đổi với khách hàng và việc người bào chữa có tố giác tội phạm hay không cũng không ngăn chặn được hậu quả của tội phạm đã xảy ra. Trong trường hợp biết được khách hàng hoặc các đồng phạm của họ *đang chuẩn bị, đang thực hiện hoặc đã thực hiện* tội phạm xâm phạm an ninh quốc gia hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng thì người bào chữa sau khi đã cố gắng thuyết phục khách hàng tự giác khai báo hoặc tự nguyện chấm dứt hành vi phạm tội mà không thành công, sẽ phải thực hiện nghĩa vụ tố giác tội phạm theo quy định đến cơ quan chức năng có thẩm quyền để kịp thời ngăn chặn, xử lý theo quy định của pháp luật. Nếu người bào chữa không thực hiện nghĩa vụ nói trên sẽ phải chịu trách hình sự về tội "không tố giác tội phạm".

Các tội danh người bào chữa phải chịu trách nhiệm hình sự khi không tố giác bao gồm: Các tội xâm phạm an ninh quốc gia và tội phạm đặc biệt nghiêm trọng khác. Đây là phạm vi tương đối rộng, bao gồm rất nhiều tội thuộc trường hợp bào chữa theo yêu cầu của các cơ quan tiến hành tố tụng được quy định tại khoản 1 Điều 76 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Do đó, trên cơ sở nghiên cứu tình hình tội phạm ở nước ta thời gian qua, mặc dù luật đã được Quốc hội thông qua, Liên đoàn Luật sư Việt Nam cho rằng trong tương lai chỉ nên quy định người bào chữa phải chịu trách nhiệm hình sự nếu không tiết lộ thông tin về tội phạm *giết người (quy định tại Điều 389) và một số tội phạm đặc biệt nghiêm trọng xâm phạm đến an ninh quốc gia.* Quy định như trên sẽ thu hẹp phạm vi các tội danh thuộc trường hợp người bào chữa phải chịu trách nhiệm hình sự nếu không tiết lộ thông tin về tội phạm, hạn chế rủi ro nghề nghiệp đối với người bào chữa do những yếu tố khách quan không thể lường hết được trong hoạt động nghề nghiệp, đồng thời góp phần bảo vệ tính mạng, sức khỏe của người dân, bảo vệ độc lập, chủ quyền và an ninh quốc gia Việt Nam.

Mặt khác, cần làm rõ nội hàm của khái niệm "biết rõ thông tin" của khách hàng đang chuẩn bị, đang thực hiện hoặc đã thực hiện hành vi bị coi là tội phạm đối với một số tội xâm phạm an ninh quốc gia. Liên đoàn

Luật sư Việt Nam cho rằng chỉ nên quy định người bào chữa chỉ có thể tiết lộ thông tin đối với các hành vi bị coi là tội phạm nêu trên nếu *"biết rõ, có căn cứ chứng minh và cần thiết phải ngăn ngừa hậu quả đặc biệt nghiêm trọng có thể xảy ra"*.

Thứ tư, sách nhiễu, lừa dối khách hàng; nhận, đòi hỏi thêm bất kỳ một khoản tiền, lợi ích nào khác từ khách hàng ngoài khoản thù lao và chi phí đã thỏa thuận với khách hàng trong hợp đồng dịch vụ pháp lý.

Phần lớn các Luật sư đều nhận diện rõ hành vi bị cấm này, vì để tạo niềm tin, sự tin cậy của khách hàng đối với cá nhân Luật sư nói riêng và tổ chức hành nghề, tổ chức xã hội - nghề nghiệp của Luật sư nói chung, rất cần sự trung thực, tận tâm phục vụ khách hàng. Tuy nhiên, do nhiều nguyên nhân, động cơ khác nhau, một số Luật sư có biểu hiện sách nhiễu, lừa dối khách hàng. Ví dụ: Luật sư đi tiếp khách, ăn uống ngoài quán ăn, nhà hàng nhưng lại khẳng định là đi "giao tiếp" để yêu cầu khách hàng đến trả tiền; không gặp mặt bị can, bị cáo trong nhà tạm giữ, trại tạm giam nhưng lại nói với thân nhân của họ là có đi, v.v.. Nhìn chung, những biểu hiện nói trên đều liên quan đến nhận thức sai lệch của Luật sư với suy nghĩ rằng khách hàng đang phụ thuộc vào mình, cầu cạnh sự trợ giúp của mình nên nếu có "yêu sách" chút ít thì khách hàng cũng sẽ chấp nhận. Như đã nói ở trên, việc xây dựng uy tín, chế độ tín nhiệm của Luật sư có ý nghĩa sống còn đối với nghề nghiệp Luật sư, do đó, Luật sư cần thận trọng, cân nhắc mỗi hành vi, ứng xử của mình để vừa bảo đảm thực hành nghề nghiệp chuẩn mực theo quy định của pháp luật, vừa là chỗ dựa tin cậy cho các chủ thể trong xã hội khi có nhu cầu sử dụng dịch vụ pháp lý.

Trong quá trình phát triển nghề Luật sư và thực tiễn hành nghề khi tham gia tố tụng ở Việt Nam, phần lớn các Luật sư đều nhận thức rõ tính minh bạch trong quan hệ với khách hàng, nhất là thỏa thuận liên quan vấn đề hết sức nhạy cảm là thù lao Luật sư. Điều này có ý nghĩa quan trọng trong việc nâng cao tính chuyên nghiệp và sự tín nhiệm của người dân đối với Luật sư (tham khảo thêm nội dung quan trọng liên quan đến bản chất, cách thức đàm phán, thỏa thuận về thù lao Luật sư với khách hàng tại Sổ tay Luật sư Tập 1). Ngoài ra, một trong những

yêu cầu cấp thiết trong mối quan hệ với khách hàng chính là: Luật sư phải thỏa thuận, ký kết hợp đồng cung cấp dịch vụ pháp lý, trong đó nêu rõ các điều khoản thù lao và chi phí Luật sư.

Vậy cần hiểu hành vi "*nhận, đòi hỏi thêm bất kỳ một khoản tiền, lợi ích nào khác từ khách hàng ngoài khoản thù lao và chi phí đã thỏa thuận với khách hàng trong hợp đồng dịch vụ pháp lý*" như thế nào cho đúng? Về nguyên tắc, việc thỏa thuận mức thù lao Luật sư và chi phí phải được thể hiện trong hợp đồng cung cấp dịch vụ pháp lý. Tuy nhiên, do chưa dự liệu được hết những phức tạp, khó khăn trong việc trợ giúp pháp lý cho khách hàng, trong thu thập chứng cứ, hoặc phải di chuyển đến các địa phương khác, nên có trường hợp Luật sư đề nghị khách hàng bổ sung chi phí hoặc buộc họ phải thanh toán ngoài hợp đồng; thỏa thuận thù lao ghi trong hợp đồng ở mức thấp, nhưng thực chất lại yêu cầu nhận cao hơn, v.v.. Những hành vi nói trên đều không phù hợp với ứng xử của Luật sư, bị pháp luật nghiêm cấm. Để hạn chế tối đa các vi phạm không đáng có, Luật sư và khách hàng có thể lựa chọn phương thức đàm phán, thỏa thuận ký phụ lục hợp đồng dịch vụ pháp lý để bổ sung thù lao Luật sư hoặc chi phí.

Đồng thời, Luật luật sư cũng nghiêm cấm Luật sư nhận, đòi hỏi bất kỳ một khoản tiền, lợi ích khác khi thực hiện trợ giúp pháp lý cho các khách hàng thuộc đối tượng được hưởng trợ giúp pháp lý theo quy định của pháp luật; từ chối vụ, việc đã đảm nhận theo yêu cầu của tổ chức trợ giúp pháp lý, của các cơ quan tiến hành tố tụng, trừ trường hợp bất khả kháng hoặc theo quy định của pháp luật.

Ngoài ra, Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam đã quy định bổ sung những hành vi không được làm của Luật sư trong mối quan hệ với khách hàng, bao gồm[1]:

- Sử dụng tiền bạc, tài sản của khách hàng trong khi hành nghề vào mục đích riêng của cá nhân Luật sư;

1. Từ Quy tắc 14.2 đến 14.7, Quy tắc 14.12 và 14.13 Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam.

- Gợi ý hoặc đặt điều kiện để khách hàng tặng cho tài sản của khách hàng cho Luật sư hoặc cho những người thân thích, ruột thịt của Luật sư;

- Nhận tiền hoặc bất kỳ lợi ích vật chất nào khác từ người thứ ba để thực hiện hoặc không thực hiện vụ việc gây thiệt hại đến lợi ích của khách hàng;

- Đòi hỏi từ khách hàng hoặc người có quyền, lợi ích liên quan với khách hàng bất kỳ khoản tiền chi thêm hoặc tặng vật nào ngoài khoản thù lao và các chi phí kèm theo đã thỏa thuận, trừ trường hợp khách hàng tự nguyện thưởng cho Luật sư khi kết thúc dịch vụ;

- Tạo ra các tình huống xấu, những thông tin sai sự thật, bất lợi cho khách hàng để lôi kéo, đe dọa, làm áp lực nhằm tăng mức thù lao đã thỏa thuận hoặc mưu cầu lợi ích bất chính khác từ khách hàng;

- Sử dụng thông tin biết được từ vụ việc mà Luật sư đảm nhận để mưu cầu lợi ích cá nhân;

- Lợi dụng nghề nghiệp để quan hệ tình cảm nam nữ bất chính với khách hàng làm ảnh hưởng tới danh dự Luật sư và nghề Luật sư;

- Đòi hỏi tiền bạc hoặc lợi ích vật chất khi thực hiện trợ giúp pháp lý cho các khách hàng được hưởng trợ giúp pháp lý theo quy định của pháp luật, v.v..

Thứ năm, móc nối, quan hệ với người tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng, cán bộ, công chức, viên chức khác để làm trái quy định của pháp luật trong việc giải quyết vụ, việc; có lời lẽ, hành vi xúc phạm cá nhân, cơ quan, tổ chức trong quá trình tham gia tố tụng; tự mình hoặc giúp khách hàng thực hiện những hành vi trái pháp luật nhằm trì hoãn, kéo dài thời gian hoặc gây khó khăn, cản trở hoạt động của cơ quan tiến hành tố tụng và các cơ quan nhà nước khác.

Đây là các hành vi của Luật sư trong mối quan hệ với các cơ quan tiến hành tố tụng bị pháp luật nghiêm cấm, vì không chỉ đi ngược lại Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam mà còn tạo rủi ro cho chính Luật sư trong khi hành nghề với nguy cơ bị coi là có hành vi phạm tội đưa, môi giới hối lộ hoặc gây ra những trở ngại cho hoạt động

tố tụng, theo quy định của pháp luật. Thực tế, trong quá trình tham gia tố tụng, theo yêu cầu của khách hàng hoặc theo chỉ định của các cơ quan tiến hành tố tụng, mục tiêu chung của các Luật sư đều là thực hiện nhiệm vụ, yêu cầu và các nguyên tắc cơ bản của Bộ luật tố tụng hình sự. Do đó, Luật sư phải nghiêm chỉnh chấp hành nội quy và các quy định có liên quan trong quan hệ với các cơ quan tiến hành tố tụng, có thái độ hợp tác, lịch sự, tôn trọng những người tiến hành tố tụng.

Tại phiên tòa, vấn đề xác định thế nào là "không suy đoán chủ quan mang tính chất kích động, quy chụp, kết tội người khác hoặc có những lời lẽ gây bất lợi cho khách hàng của mình; không cố tình trì hoãn, gây trở ngại cho việc xét xử bằng những phương thức bất hợp lý hay trái đạo đức" cũng cần được nhìn nhận một cách đúng đắn. Thật ra, tự bản thân quan điểm bào chữa hay tranh luận của Luật sư đã bao hàm tính chủ quan, nhưng vấn đề chính là ở chỗ, cần tránh những lời nói, hành vi mang tính chất kích động, quy chụp, kết tội người khác tại phiên tòa và cả trong tài liệu gửi đến cơ quan tiến hành tố tụng. Điều này vẫn thường xảy ra trên thực tế, do vị thế đại diện cho các khách hàng có quyền lợi khác nhau hoặc do thiếu kiềm chế dẫn đến việc một số luật sư đã có những văn bản, lời nói quy chụp mang tính cá nhân, thoát ly khỏi nội dung tranh tụng.

Mặt khác, thực tiễn tố tụng trong các vụ án hình sự cho thấy, không phải lúc nào các quan điểm, chứng cứ và căn cứ pháp luật mà Luật sư cho rằng có ý nghĩa quan trọng giúp cho việc giải quyết vụ án được khách quan, đúng pháp luật đều được Hội đồng xét xử chấp nhận. Vấn đề là khi tranh luận, Luật sư phải có thái độ ứng xử chuẩn mực, có văn hóa, vừa kiên trì bảo vệ ý kiến, luận cứ chính đáng và hợp pháp của mình, nhưng cũng phải kịp thời điều chỉnh, ghi nhận quan điểm có căn cứ của người buộc tội hoặc của Luật sư bảo vệ cho người có quyền lợi đối lập với khách hành của mình, để tránh tình trạng bị coi là "bào chữa bằng mọi giá", bất chấp sự thật khách quan.

Ngoài ra, cần nhận diện thêm một trong những hành vi không được làm là "tự mình hoặc giúp khách hàng thực hiện những hành vi bất hợp pháp nhằm trì hoãn hoặc gây khó khăn cho cơ quan, người có thẩm quyền

tiến hành tố tụng trong quá trình giải quyết vụ việc". Khái niệm "bất hợp pháp" trong trường hợp này có thể bao gồm việc Luật sư biết rõ yêu cầu trì hoãn, kéo dài việc giải quyết vụ việc là không có căn cứ pháp luật,nhưng vẫn tự mình hoặc xúi giục khách hàng thực hiện nhằm trì hoãn hoặc gây khó khăn cho cơ quan tiến hành tố tụng. Chẳng hạn, Luật sư mặc dù đã được cấp Giấy chứng nhận người bào chữa, nghiên cứu hồ sơ vụ án, nhận quyết định đưa vụ án ra xét xử, nhưng đến ngày diễn ra phiên tòa thì không có mặt. Khi thư ký liên hệ bằng điện thoại thì trả lời đang ở sân bay, đang đi công tác, v.v, làm cho phiên tòa phải tạm dừng để chờ Luật sư theo yêu cầu của bị cáo, nhưng sau đó hoàn toàn không liên hệ được với Luật sư do tắt điện thoại, khiến phiên tòa phải tạm hoãn theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015.

Thứ sáu, lợi dụng việc hành nghề Luật sư, danh nghĩa Luật sư để gây ảnh hưởng xấu đến an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, xâm phạm lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân.

Mỗi Luật sư cần nhận thức rõ khi hành nghề là không nên lợi dụng tư cách người tham gia tố tụng tại phiên tòa để phát biểu những lời lẽ gây phương hại đến lợi ích quốc gia, lợi ích xã hội, đoàn kết dân tộc, tôn giáo hoặc tuyên truyền, phổ biến những quan điểm trái pháp luật hay đạo đức xã hội. Việc không nên thực hiện những hành vi nói trên về bản chất không giống với việc Luật sư trong quá trình tham gia tố tụng phát hiện và đưa ra những kiến nghị nhằm chấm dứt những vi phạm pháp luật trong hoạt động tố tụng của các cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng. Bản lĩnh, phẩm chất và kỹ năng nghề nghiệp cùng với trải nghiệm thực tiễn sẽ giúp cho mỗi Luật sư tự điều chỉnh hành vi sao cho phù hợp với các quy định và quy tắc nói trên.

Chương 2
MỘT SỐ KỸ NĂNG CƠ BẢN CỦA LUẬT SƯ KHI THAM GIA TỐ TỤNG HÌNH SỰ

Ngoài những vấn đề chung mà các Luật sư cần nắm vững khi tham gia tố tụng đã trình bày tại Chương 1, Chương 2 tập trung làm rõ hơn những kỹ năng cụ thể của Luật sư trong các giai đoạn tố tụng hình sự khác nhau, bắt đầu từ khi Luật sư nhận được yêu cầu từ phía khách hàng cho đến khi Luật sư tham gia tại phiên tòa.

I. TIẾP XÚC KHÁCH HÀNG, THỦ TỤC ĐĂNG KÝ BÀO CHỮA, BẢO VỆ QUYỀN LỢI

1. Tiếp xúc khách hàng

Khách hàng đến gặp và yêu cầu Luật sư tham gia tố tụng hình sự với tư cách là người bào chữa cho người bị tạm giữ, bị can, bị cáo hoặc người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự. Tùy thuộc vào yêu cầu của khách hàng, Luật sư có thể bắt đầu tham gia ngay từ giai đoạn khách hàng có giấy triệu tập của cơ quan tiến hành tố tụng xác minh tin báo, tố giác tội phạm, kiến nghị khởi tố.

Ngoài người bị bắt, bị tạm giữ, bị can, bị cáo, trong quá trình sửa đổi, bổ sung Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003, Liên đoàn Luật sư Việt Nam đã đề nghị bổ sung quy định cho "người bị tố giác, người bị kiến nghị khởi tố" (thường được gọi là nghi phạm trong giai đoạn tiền tố tụng), "người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp" có quyền tự bảo vệ hoặc nhờ người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho mình. Kiến nghị này

đã được chấp nhận và quy định tại điểm e khoản 1 Điều 57 và điểm g khoản 1 Điều 58 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Quy định này đã góp phần mở rộng thời điểm Luật sư có thể tham gia bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho người bị tố giác, bị kiến nghị khởi tố, khắc phục tình trạng cá nhân bị cơ quan điều tra triệu tập đến ghi lời khai, thực hiện một số biện pháp như tạm giữ người qua đêm, thu giữ hộ chiếu và ngăn chặn xuất cảnh, cấm đi khỏi nơi cư trú (thực chất nhằm hạn chế quyền tự do thân thể, đi lại) nhưng lại không được sự hỗ trợ pháp lý của Luật sư.

Trước đây, Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 quy định: Người bị kết án đang chấp hành hình phạt đối với bản án đã có hiệu lực pháp luật có quyền xin khiếu nại theo trình tự giám đốc thẩm, tái thẩm và khi xét thấy cần thiết, Tòa án phải triệu tập người bào chữa tham gia phiên tòa giám đốc thẩm, tái thẩm. Như vậy, người bị kết án là một trong những chủ thể hưởng quyền được bào chữa, được bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp trong quá trình xem xét lại bản án có hiệu lực pháp luật theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm. Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 tiếp tục quy định thủ tục triệu tập người bào chữa tham gia phiên tòa giám đốc thẩm, tái thẩm là thủ tục bắt buộc khi có căn cứ sửa một phần bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật được quy định tại khoản 2 Điều 383. Trường hợp khi tham gia phiên tòa giám đốc thẩm, tái thẩm, người bào chữa được trình bày ý kiến về những vấn đề mà Hội đồng giám đốc thẩm, tái thẩm yêu cầu theo khoản 2 Điều 386 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015.

Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 cùng với Bộ luật hình sự năm 2015 là những bộ luật đầu tiên ghi nhận trách nhiệm hình sự của pháp nhân. Như vậy, pháp nhân cũng sẽ trở thành chủ thể được hưởng quyền được bào chữa, quyền được bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp. Theo quy định tại điểm h khoản 1 Điều 435 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, người đại diện theo pháp luật của pháp nhân có quyền tự bào chữa, nhờ người khác bào chữa cho pháp nhân. Ngoài ra, đối với những trường hợp người bị buộc tội mà khung hình phạt cao nhất lên đến 20 năm tù,

tù chung thân, tử hình theo điểm a khoản 1 Điều 76 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, thì cơ quan tiến hành tố tụng bắt buộc phải chỉ định người bào chữa. Quy định này mở ra cơ hội rất lớn cho sự tham gia của các Luật sư, nhất là các Luật sư trẻ đang khao khát có cơ hội tích lũy kinh nghiệm trong các vụ án hình sự.

Khi thực hiện quyền bào chữa, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho khách hàng, Luật sư cần chú ý một số kỹ năng sau đây:

Thứ nhất, thông qua việc tiếp xúc ban đầu với khách hàng, Luật sư cần tìm hiểu tâm tư, nguyện vọng của khách hàng một cách thấu đáo, lắng nghe họ trình bày, xem xét những tài liệu ban đầu (đơn từ, các tài liệu liên quan, giấy tờ cá nhân, v.v.), đồng thời phải chỉ rõ cho khách hàng biết được giới hạn trách nhiệm của Luật sư trước pháp luật và trước khách hàng, không để khách hàng lôi kéo thực hiện những yêu cầu trái pháp luật.

Thứ hai, một Luật sư liêm chính cần phải biết rõ khả năng chuyên môn của mình khi tiếp nhận một vụ án. Trong thực tiễn xét xử hình sự, có những Luật sư có khả năng chuyên môn và kinh nghiệm trong các vụ án đặc thù nhất định như tội phạm kinh tế, tham nhũng, xâm phạm quyền sở hữu, v.v., nhưng lại có rất ít kinh nghiệm trong các vụ án liên quan tới người chưa thành niên phạm tội hay tội phạm ma túy, v.v.. Trong một số trường hợp, Luật sư phải biết từ chối những việc vượt quá khả năng và kinh nghiệm của mình. Việc phân loại vụ án hình sự cho những Luật sư hành nghề khác nhau sẽ giúp các Luật sư dễ dàng tích lũy kinh nghiệm và đáp ứng được nhu cầu của khách hàng. Ngoài ra, Luật sư không nên làm cho khách hàng hiểu lầm rằng mình có thể giải quyết tốt vụ việc hơn hoặc có nhiều mối liên hệ/quan hệ tốt với cơ quan, người tiến hành tố tụng hơn so với Luật sư khác.

Thứ ba, vị thế của khách hàng là khía cạnh Luật sư cần quan tâm khi tiếp xúc với họ. Trong vụ án hình sự, pháp luật tố tụng hình sự cho phép người bị buộc tội (người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo) thực hiện quyền bào chữa thông qua việc nhờ Luật sư (Điều 16 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015). Luật sư được tham gia bào chữa ngay từ giai

đoạn khởi tố vụ án, khởi tố bị can hoặc bất kỳ giai đoạn nào khác nếu được yêu cầu. Trường hợp người bị bắt, bị tạm giữ thì Luật sư có thể tham gia tố tụng từ khi người bị bắt, bị tạm giữ có mặt tại trụ sở của cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra hoặc từ khi có quyết định tạm giữ. Tuy nhiên trên thực tế, người mời Luật sư bào chữa thường là những người có mối quan hệ với người bị tạm giữ, bị can, bị cáo. Về mặt pháp lý, pháp luật về Luật sư và về tố tụng hình sự không quy định chỉ người bị buộc tội mới có quyền mời Luật sư và Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam cũng không cấm việc gia đình, thân nhân của họ mời Luật sư bào chữa, nhất là trong điều kiện bị can, bị cáo bị tạm giữ hoặc tạm giam. Do đó, khi tiếp xúc với người đến liên hệ, Luật sư cần biết chính xác mối quan hệ của người này với bị can, bị cáo để từ đó cư xử đúng mực.

Thứ tư, về mặt pháp lý, thực chất mối quan hệ giữa Luật sư với khách hàng trong vụ án hình sự là quan hệ "nhờ và nhận" bào chữa cho người bị bắt, bị tạm giữ, bị can, bị cáo trong các giai đoạn tố tụng. Trong quan hệ này, pháp luật đề cao tính tự nguyện trong giao dịch, thỏa thuận xác định rõ ràng quyền và nghĩa vụ của các bên, kể cả vấn đề thù lao bào chữa. Tuy nhiên, việc chỉ hiểu quan hệ giữa Luật sư và khách hàng trên phương diện pháp lý một cách cứng nhắc như vậy là chưa đầy đủ. Trên thực tế, mối quan hệ này có thể nhận diện trên ba phạm vi sau đây:

Quan hệ trong phạm vi tham gia bào chữa trong các giai đoạn tố tụng: Đây là mối quan hệ cơ bản, phát sinh trách nhiệm pháp lý của Luật sư trước pháp luật và trước khách hàng. Luật sư sau khi đã nhận bào chữa cho người bị buộc tội, tùy theo tính chất của từng vụ án phải có trách nhiệm lên kế hoạch và các bước đi cần thiết để tiến hành những việc phục vụ cho việc bào chữa như: Tiếp xúc bị can, bị cáo trong trại tạm giam, nghiên cứu hồ sơ, v.v..

Quan hệ với tư cách con người trong đời sống xã hội: Việc nhận biết mối quan hệ này một cách đúng đắn có ý nghĩa quan trọng trong điều chỉnh ứng xử hành vi của Luật sư với khách hàng. Trong giao tiếp công việc, dần dần mối quan hệ tình cảm giữa Luật sư và khách hàng sẽ

hình thành một cách tự nhiên, trong đó có sự tin cậy, tôn trọng lẫn nhau, cùng chung mục đích là làm tất cả những gì tốt nhất trên cơ sở pháp luật và đạo đức. Việc xử lý mối quan hệ với khách hàng ngoài phạm vi công việc là một vấn đề hết sức nhạy cảm, cần có giới hạn nhất định, để Luật sư vừa giữ được những chuẩn mực nghề nghiệp, vừa có thể chia sẻ những bức xúc, tâm tư của khách hàng một cách tận tâm và chu đáo.

Quan hệ về tài sản giữa Luật sư và khách hàng: Ở đây, cần phân biệt mối quan hệ này với thỏa thuận về thù lao. Đạo đức nghề nghiệp của Luật sư không cho phép Luật sư chạy theo lợi ích vật chất, coi đó là mục tiêu duy nhất trong hoạt động hành nghề, không được tham gia các hoạt động kinh doanh có thể gây ảnh hưởng đến uy tín và thanh danh của nghề Luật sư như quy định tại Quy tắc 14 Bộ Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam.

Thứ năm, sau khi tiếp xúc với khách hàng lần đầu tiên, tùy vào điều kiện, khả năng khác nhau và đặc điểm ở mỗi vùng, mỗi địa phương Luật sư lựa chọn các mẫu thủ tục tiếp nhận yêu cầu của khách hàng, thỏa thuận về thù lao, mẫu Giấy giới thiệu với các cơ quan tiến hành tố tụng khác nhau. Do có sự khác biệt vùng miền, các mẫu tài liệu nói trên hiện nay chưa được thống nhất. Việc tiếp xúc với khách hàng trong một vụ án hình sự có thể được chia thành nhiều giai đoạn khác nhau. Trên thực tế, nhiều Luật sư trẻ thường coi nhẹ giai đoạn đầu và coi việc tiếp xúc ban đầu chỉ mang tính chất thủ tục.

Sau khi biết chính xác yêu cầu của khách hàng, Luật sư cần giải thích cho họ biết khả năng và những giới hạn trách nhiệm để tránh khách hàng lầm tưởng rằng Luật sư có thể giải quyết mọi vấn đề. Cần hướng dẫn khách hàng thực hiện các thủ tục cần thiết như điền vào mẫu yêu cầu nhờ Luật sư (nên để đích thân khách hàng làm điều này, trừ trường hợp vì lý do đặc biệt mà khách hàng không thể thực hiện được) hoặc thống nhất, thỏa thuận ký hợp đồng cung cấp dịch vụ pháp lý. Trong trường hợp đã thỏa thuận xong về thù lao Luật sư và chi phí hợp lý, cần cung cấp cho khách hàng các giấy tờ như biên nhận, hóa đơn tài chính và chuẩn bị các giấy tờ pháp lý cần thiết về thủ tục của Luật sư

(theo giai đoạn tố tụng mà Luật sư bắt đầu tham gia); lưu giữ những tài liệu ban đầu, v.v.. Tùy theo tính chất của từng vụ án, Luật sư có thể điều chỉnh thay đổi bổ sung cho phù hợp với điều kiện, phân loại các mẫu đăng ký cho bị can, thân nhân bị can, người bị hại, v.v..

Trong quá trình tiếp xúc, trao đổi ban đầu với khách hàng, Luật sư cần phân biệt đặc điểm của một số khách hàng khác nhau thuộc các vụ án đặc thù để có thể trao đổi và thống nhất các bước tiếp theo và nội dung cần chuẩn bị. Việc tiếp xúc khách hàng không chỉ đòi hỏi kỹ năng giao tiếp của Luật sư mà còn có thể giúp các bên hiểu rõ hoàn cảnh, nhân thân của nhau, tạo điều kiện để khách hàng hiểu thêm và tin tưởng vào khả năng, phẩm chất của Luật sư, đồng thời cũng giúp Luật sư có thể thấu hiểu hơn tâm trạng của khách hàng thông qua trực giác và kinh nghiệm. Việc trao đổi, đặt câu hỏi với khách hàng khi bắt đầu tìm hiểu sự việc sẽ giúp Luật sư xây dựng mối liên hệ sau đó giữa Luật sư và khách hàng thêm vững chắc, tạo niềm tin và khả năng trong tìm kiếm sự thật, bản chất của vụ việc.

Những điểm Luật sư cần lưu ý trong buổi đầu tiếp xúc khách hàng:

- Lắng nghe và chia sẻ với khách hàng với thái độ chân thực, chân thành, chia sẻ;

- Đưa ra tư vấn phù hợp với hoàn cảnh, chân thực trong việc lý giải các sự kiện, tìm hiểu nguyên nhân, các yếu tố và các quy định pháp luật tác động, điều chỉnh hành vi.

- Giải đáp những thắc mắc của khách hàng về mối quan hệ với Luật sư, nguyên tắc ứng xử, lịch làm việc và cách thức liên lạc, v.v.

Theo Luật luật sư hiện hành, Luật sư không được tiết lộ những bí mật mà mình biết được trong khi làm nhiệm vụ giúp đỡ pháp lý trừ trường hợp được khách hàng đồng ý bằng văn bản hoặc pháp luật có quy định khác. Điểm g khoản 2 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định nghĩa vụ của Luật sư là: "không được tiết lộ thông tin về vụ án, về người bị buộc tội mà mình biết khi bào chữa, trừ trường hợp người này đồng ý bằng văn bản". Quy tắc 12 Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam về "Bí mật thông tin" cũng quy định:

"Luật sư có nghĩa vụ giữ bí mật thông tin của khách hàng khi thực hiện dịch vụ pháp lý và cả khi đã kết thúc dịch vụ đó, trừ trường hợp được khách hàng đồng ý hoặc theo quy định của pháp luật; Luật sư có trách nhiệm yêu cầu các đồng nghiệp có liên quan và nhân viên của mình cam kết không tiết lộ những bí mật thông tin mà họ biết được và giải thích rõ nếu tiết lộ thì phải chịu trách nhiệm trước pháp luật".

Tuy nhiên trên thực tế, với tư cách là công dân, trước thông tin về tội phạm hoặc nguy cơ có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự với hành vi che giấu tội phạm, Luật sư cần có quyết định đúng đắn và hợp lý, giải quyết một cách hài hòa về quyền lợi của khách hàng khi kiểm tra rõ tình trạng và thông tin về tội phạm (nếu có). Luật sư nên khuyên khách hàng ra đầu thú, tự thú, giải thích về các hậu quả mà Luật sư có thể sẽ phải gánh chịu do hành vi che giấu, không tố giác tội phạm và các quyền lợi pháp lý mà khách hàng có thể được hưởng khi đầu thú, tự thú, v.v.. Pháp luật hình sự quy định nghĩa vụ tố giác của công dân, không ngoại trừ Luật sư (xem Điều 19 Bộ luật hình sự năm 2015). Trong một số trường hợp nhất định, Luật sư cần xem xét những yếu tố nghiêm trọng của tội phạm, khả năng có thể thực hiện được tội phạm và hậu quả của nó, v.v. (xem thêm Phần Những vấn đề chung).

Thông thường, trong tổ chức hành nghề luật sư, thông tin bí mật nghề nghiệp cũng được chia sẻ với các nhân viên của tổ chức, nhưng trưởng văn phòng luật sư hoặc giám đốc công ty luật phải bảo đảm rằng nhân viên của mình cũng phải tuân thủ nghĩa vụ bảo mật thông tin khách hàng. Trong quá trình cung cấp dịch vụ pháp lý cho khách hàng, Luật sư không được tiết lộ thông tin do khách hàng cung cấp, cũng không được sử dụng thông tin của khách hàng cho mục đích riêng tư, trừ khi đã báo trước và được khách hàng đồng ý bằng văn bản. Điểm g khoản 2 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định rõ, Luật sư không được sử dụng thông tin về vụ án, về người bị buộc tội mà mình biết khi bào chữa vào mục đích xâm phạm lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân.

Tóm lại, việc tiếp xúc khách hàng có thể diễn ra nhiều lần theo tiến độ giải quyết vụ án hình sự của các cơ quan tiến hành tố tụng. Do đó, Luật sư luôn phải chú ý giữ thái độ, tác phong, nguyên tắc làm việc nêu trên trong các lần trao đổi, tiếp xúc với khách hàng.

2. Thủ tục đăng ký bào chữa, bảo vệ quyền lợi

Trước đây, việc cấp Giấy chứng nhận bào chữa cho Luật sư (theo khoản 4 Điều 56 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003) chưa được thống nhất cả về thủ tục, nội dung lẫn hình thức của các giấy tờ có liên quan ở các địa phương, gây không ít khó khăn cho Luật sư khi làm thủ tục tham gia bào chữa. Trong nhiều trường hợp, vì quyền lợi của khách hàng, Luật sư không thể chất vấn hay gây căng thẳng với những cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng bởi cơ sở pháp lý để giải quyết vấn đề này còn chưa rõ ràng. Chỉ đến khi Thông tư số 70/2011/TT-BCA ngày 10-10-2011 của Bộ Công an quy định chi tiết thi hành các quy định của Bộ luật tố tụng hình sự liên quan đến việc bảo đảm quyền bào chữa trong giai đoạn điều tra vụ án hình sự (Sau đây gọi tắt là Thông tư số 70/2011/TT-BCA) ra đời, thủ tục cấp Giấy chứng nhận bào chữa mới được quy định rõ ràng tại Điều 4 và 5. Sau đó, thành phần hồ sơ đề nghị cấp Giấy chứng nhận bào chữa tiếp tục được quy định chi tiết tại khoản 3 Điều 27 Luật luật sư, bao gồm:

- Thẻ Luật sư;

- Giấy yêu cầu Luật sư của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo hoặc của người khác hoặc văn bản cử Luật sư của tổ chức hành nghề Luật sư nơi Luật sư đó hành nghề hoặc văn bản phân công của Đoàn Luật sư đối với Luật sư hành nghề với tư cách cá nhân trong trường hợp tham gia tố tụng trong vụ án hình sự theo yêu cầu của cơ quan tiến hành tố tụng hoặc trong trường hợp thực hiện trợ giúp pháp lý.

Để thực hiện được điều này, Luật sư cần kết hợp với nhân viên hành chính của tổ chức hành nghề luật sư, đặc biệt là thông báo với người đứng đầu tổ chức hành nghề luật sư, chủ động chuẩn bị các mẫu hồ sơ và giấy tờ có sẵn để sử dụng ngay khi cần thực hiện thủ tục đăng ký bào chữa tại các cơ quan tiến hành tố tụng.

Một số điểm cần lưu ý khi tiến hành thủ tục đăng ký bào chữa theo Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015:

Thứ nhất, việc đăng ký và thủ tục đăng ký người bào chữa cho Luật sư là thủ tục mới của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 (Điều 78) so với thủ tục cấp Giấy chứng nhận bào chữa của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003. Khoản 1 Điều 78 quy định: "trong mọi trường hợp tham gia tố tụng, người bào chữa phải đăng ký bào chữa". Khi người bị buộc tội hoặc đại diện hợp pháp, người thân thích của họ có yêu cầu Luật sư bào chữa, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho người bị buộc tội, thì cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng xem xét, kiểm tra giấy tờ và thực hiện thủ tục đăng ký bào chữa cho Luật sư. Tuy nhiên hiện nay, thủ tục đăng ký bào chữa hoặc đăng ký bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp cho đương sự của Luật sư theo quy định tại Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 cũng chưa được hướng dẫn cụ thể, nên chỉ triển khai sau khi Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 có hiệu lực vào ngày 01-01-2018.

Thứ hai, trong một thời gian dài thực thi Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 các cơ quan tiến hành tố tụng vẫn chưa thống nhất về vấn đề bản thân bị can, bị cáo hay người thân của họ có quyền nhờ Luật sư bào chữa dẫn đến việc thực hiện còn khác nhau. Hiện nay, khoản 2, khoản 3, Điều 78 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 đã quy định rõ thành phần hồ sơ đăng ký bào chữa đối với Luật sư. Cụ thể:

+ *Trường hợp Luật sư được yêu cầu bào chữa,* hồ sơ đăng ký bao gồm: Thẻ Luật sư (xuất trình bản chính và nộp bản sao có chứng thực); Giấy yêu cầu Luật sư của người bị buộc tội hoặc của người đại diện, người thân thích của người bị buộc tội.

+ *Trường hợp Luật sư được chỉ định bào chữa,*hồ sơ đăng ký bao gồm: Thẻ Luật sư (xuất trình bản chính và nộp bản sao có chứng thực); Văn bản cử Luật sư của Tổ chức hành nghề luật sư nơi Luật sư đó hành nghề hoặc văn bản phân công của Đoàn Luật sư đối với Luật sư hành nghề là cá nhân.

Ngoài ra, khoản 4 Điều 78 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 cũng quy định thời hạn đăng ký bào chữa được rút ngắn so với Bộ luật tố

tụng hình sự năm 2003: “Trong thời hạn 24 giờ kể từ khi nhận đủ giấy tờ quy định tại khoản 2 hoặc khoản 3 Điều này, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải kiểm tra giấy tờ và thấy không thuộc trường hợp từ chối việc đăng ký bào chữa quy định tại khoản 5 Điều này thì vào sổ đăng ký bào chữa, gửi ngay văn bản thông báo người bào chữa cho người đăng ký bào chữa, cơ sở giam giữ và lưu giấy tờ liên quan đến việc đăng ký bào chữa vào hồ sơ vụ án; nếu xét thấy không đủ điều kiện thì từ chối việc đăng ký bào chữa và phải nêu rõ lý do bằng văn bản”.

Trong trường hợp tham gia bào chữa cho nhiều bị can khác nhau trong cùng một vụ án, Luật sư cần chuẩn bị đầy đủ các bộ hồ sơ đăng ký thủ tục bào chữa rồi mới thực hiện thủ tục này với cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng.

Thực tế việc hành nghề Luật sư trong thời gian qua cho thấy, việc thực hiện thủ tục đăng ký bào chữa ở cơ quan điều tra mỗi cấp, mỗi địa phương có khác nhau, thậm chí, bị trễ hạn rất nhiều và đôi khi không rõ lý do. Để giải quyết vướng mắc khi đăng ký, Luật sư cần tìm hiểu qua trực ban hình sự, văn phòng cơ quan điều tra để biết đầu mối thụ lý điều tra vụ án, tên của Điều tra viên, điện thoại liên lạc. Trong trường hợp chưa nhận được thông tin hồi báo, Luật sư nên gửi các văn bản đề nghị cơ quan tiến hành tố tụng thực hiện những quy định của Bộ luật tố tụng hình sự. Ngoài ra, trường hợp Luật sư có đủ chứng cứ chứng minh các cơ quan tiến hành tố tụng gây khó khăn, cản trở khi làm các thủ tục để đăng ký bào chữa thì có thể yêu cầu phía Liên đoàn Luật sư Việt Nam hoặc Đoàn Luật sư địa phương can thiệp bảo vệ quyền hành nghề hợp pháp.

Cần lưu ý, nếu Luật sư thể hiện sự bức xúc, sử dụng lời lẽ gay gắt trong giao tiếp hoặc trong văn bản thì đôi khi có thể tác động làm quá trình đăng ký bào chữa diễn ra nhanh hơn nhưng cũng có thể gây ức chế, ảnh hưởng không tốt trong quan hệ với cơ quan tiến hành tố tụng. Khi Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 có hiệu lực thi hành (01-01-2018), hy vọng rằng sẽ hạn chế được sự bất bình đẳng về vị thế giữa Luật sư và cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng, việc đăng ký bào chữa của Luật sư cũng giảm bớt những rào cản như trên.

Thứ ba, vấn đề thủ tục lựa chọn và chỉ định người bào chữa có sự thay đổi qua nhiều giai đoạn khác nhau, thể hiện tại khoản 1 và 2 Điều 57 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 quy định người bào chữa do người bị tạm giữ, bị can, bị cáo hoặc người đại diện hợp pháp của họ lựa chọn và một trong những trường hợp chỉ định bắt buộc người bào chữa khi bị can, bị cáo về tội theo khung hình phạt có mức cao nhất là tử hình được quy định tại Bộ luật hình sự. Luật luật sư quy định tại điểm b khoản 3 Điều 27 là "người khác" có thể nhờ người bào chữa cho người bị buộc tội. Nhằm giải quyết những vướng mắc trong cơ chế bảo đảm cho người bị buộc tội đang bị tạm giữ, tạm giam có cơ hội tiếp cận với người bào chữa, khoản 1 Điều 75 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định: Người bào chữa do người bị buộc tội, người đại diện hoặc người thân thích của họ lựa chọn. Điểm e khoản 1 Điều 4 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 cũng quy định: Người thân thích của người tham gia tố tụng, bao gồm: "Vợ, chồng, bố đẻ, mẹ đẻ, bố chồng, mẹ chồng, bố vợ, mẹ vợ, bố nuôi, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi; ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại, anh ruột, chị ruột, em ruột; cụ nội, cụ ngoại, bác ruột, chú ruột, cậu ruột, cô ruột, dì ruột, cháu ruột".

Trong trường hợp người bị buộc tội đang bị tạm giam có văn bản từ chối Luật sư do thân nhân, gia đình lựa chọn, Luật sư cần xử lý tình huống này bằng cách yêu cầu được cùng Điều tra viên gặp trực tiếp người đang bị bắt, bị tạm giữ, tạm giam đó để xác nhận việc từ chối theo quy định tại khoản 2 Điều 77 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015.

3. Phương pháp, kỹ năng trao đổi, gặp gỡ khách hàng là người bị bắt, bị tạm giam, bị can, bị cáo, đương sự

a) Trao đổi, gặp gỡ khách hàng là bị can, bị cáo tại ngoại, đương sự:

Sau khi thống nhất về việc nhận trách nhiệm bào chữa, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho khách hàng là bị can, bị cáo đang tại ngoại, đương sự thì công việc tiếp theo có ý nghĩa rất quan trọng cho việc định hướng bào chữa, bảo vệ trong các giai đoạn tố tụng là tiếp xúc và trao đổi. Đây là một trong những bước rất cần thiết, là sợi dây gắn kết Luật sư với khách hàng. Một Luật sư có kinh nghiệm sẽ biết cách giữ mối

liên hệ sao cho khách hàng cảm nhận được sự quan tâm của Luật sư đối với công việc họ giao phó.

Sau lần gặp đầu tiên, Luật sư cần thông báo định kỳ hoặc đột xuất cho khách hàng biết diễn tiến, kết quả công việc thông qua việc sử dụng các phương tiện liên lạc thường xuyên (điện thoại, fax, e-mail, v.v.). Luật sư nên đối thoại thường xuyên để có được sự đồng cảm của khách hàng trước những khó khăn, thách thức khi giải quyết vụ án.

Luật sư cần dự đoán và thông báo cho khách hàng những khả năng có thể xảy ra trong tiến trình giải quyết vụ án. Cùng với việc tuân thủ nghiêm túc lệnh triệu tập lấy lời khai, Luật sư cần hướng dẫn khách hàng những chi tiết cần thiết của việc ghi biên bản hỏi cung, biên bản lấy lời khai, những việc mà khách hàng có thể yêu cầu khi kết thúc biên bản làm việc (đọc lại, bổ sung, thêm bớt những nội dung ghi đúng lời khai, gạch và ký tên vào những khoảng trống trong bản hỏi cung, lấy lời khai, v.v.). Luật sư cũng cần phải trao đổi với khách hàng những vấn đề dự kiến sẽ được Điều tra viên tập trung làm rõ, hướng dẫn khách hàng trả lời đúng với bản chất vụ việc dưới góc độ pháp lý. Chẳng hạn, một bị can tại ngoại bị khởi tố về hành vi cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng, có thể sẽ được Điều tra viên hỏi về những hành vi sai phạm, cố ý (nếu có) dẫn đến việc“có hậu quả thiệt hại” xảy ra. Do đó, Luật sư cần giúp cho khách hàng có ý niệm về trách nhiệm hình sự và các dấu hiệu của tội phạm, tránh việc hướng dẫn khách hàng khai báo không đúng sự thật, gây cản trở cho quá trình điều tra. Khi đã nhận thức được những khía cạnh sau khi trao đổi với Luật sư, khách hàng sẽ định hướng và dự kiến được những nội dung trả lời Điều tra viên.

Mặt khác, qua trao đổi ban đầu về nội dung vụ án, Luật sư cũng có được những bước đi thích hợp trong việc chứng minh việc không phạm tội hoặc giảm nhẹ trách nhiệm hình sự thông qua các chứng cứ, tài liệu thu thập được như: Lời khai của các nhân chứng, diễn biến thời gian (hành động hoặc không hành động) vào thời điểm xảy ra vụ án, các vật chứng, tài liệu khác. Luật sư cần quan tâm cung cấp những khiếu nại,

giải trình cần thiết trong quá trình điều tra cho khách hàng, nhất là những vấn đề có điều kiện tổng hợp, thu thập ban đầu; định hướng khách hàng tiếp xúc, gặp gỡ với lãnh đạo cơ quan chủ quản để cung cấp tài liệu, xác nhận về quá trình công tác và những đóng góp, v.v..

b) Gặp, trao đổi với khách hàng là bị can trong nhà tạm giữ, trại tạm giam:

Theo điểm a khoản 2 Điều 58 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003, Luật sư chỉ được gặp khách hàng là người đang bị tạm giữ, tạm giam trong giai đoạn điều tra, cụ thể là khi lấy lời khai của người bị tạm giữ, khi hỏi cung bị can và phải đề nghị cơ quan điều tra báo trước về thời gian và địa điểm hỏi cung bị can để có mặt kịp thời. Vì vậy, việc tham gia trong giai đoạn điều tra của Luật sư thời gian vừa qua còn mang tính hình thức bởi cuộc gặp này do Điều tra viên chủ động lên kế hoạch, việc hỏi của Luật sư chỉ được tiến hành khi Điều tra viên đồng ý, việc báo trước cho Luật sư thường rất gấp, không bảo đảm kịp thời gian làm việc, hỏi cung, v.v..

Để khắc phục hạn chế này, Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 đã phân biệt rõ các trường hợp người bào chữa có quyền gặp, trao đổi với người bị buộc tội đang bị tạm giữ, tạm giam, bao gồm:

- *Cuộc gặp, hỏi giữa người bào chữa với người bị buộc tội (điểm a khoản 1 Điều 73):* Có thể hiểu, cuộc gặp này do người bào chữa chủ động tiến hành trong bất cứ giai đoạn tố tụng nào và không hạn chế số lần, thời gian gặp; được hỏi, được trao đổi hoàn toàn riêng tư với người bị buộc tội trong điều kiện giám sát của cơ sở giam giữ mà không bắt buộc phải có mặt những người tiến hành tố tụng. Để được gặp người bị buộc tội theo quy định tại Điều 80 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, người bào chữa phải xuất trình văn bản thông báo người bào chữa, Thẻ Luật sư, Thẻ trợ giúp viên pháp lý hoặc chứng minh nhân dân hoặc thẻ căn cước công dân. Cơ quan quản lý người bị buộc tội phải phổ biến nội quy, quy chế của cơ sở giam giữ và yêu cầu người bào chữa chấp hành nghiêm chỉnh. Trường hợp phát hiện người bào chữa vi phạm các quy định về việc gặp, hỏi thì phải dừng ngay việc gặp, hỏi và lập biên bản, báo cáo người có thẩm quyền xử lý theo quy định của pháp luật.

- *Buổi hỏi cung, phúc cung do Điều tra viên hoặc Kiểm sát viên chủ động tiến hành với sự tham gia của người bào chữa:* Cuộc gặp này của người bào chữa phụ thuộc vào kế hoạch đã được chuẩn bị trước nhằm lấy lời khai của người bị bắt, bị tạm giữ, khi hỏi cung bị can của Điều tra viên, Kiểm sát viên. Do đó, trong cuộc gặp này, người bào chữa chỉ được hỏi người bị bắt, bị tạm giữ, bị can khi được người có thẩm quyền tiến hành lấy lời khai, hỏi cung đồng ý. Sau mỗi lần lấy lời khai, hỏi cung của người có thẩm quyền kết thúc thì người bào chữa có thể hỏi người bị bắt, bị tạm giữ, bị can (điểm b khoản 1 Điều 73). Do người bào chữa đã có thể chủ động gặp, làm việc riêng với người bị buộc tội nên trong buổi gặp do Điều tra viên, Kiểm sát viên tiến hành, người bào chữa chỉ được hỏi khi họ đồng ý theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 là phù hợp. Để chuẩn bị cho cuộc gặp này, người bào chữa được cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng báo trước về thời gian, địa điểm lấy lời khai, hỏi cung và thời gian, địa điểm tiến hành hoạt động điều tra khác theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Người bào chữa có quyền xem các biên bản về hoạt động tố tụng có sự tham gia của mình và các quyết định tố tụng liên quan đến người mà mình bào chữa (điểm d và đ khoản 1 Điều 73).

Theo khoản 1 điều 183 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, trước khi tiến hành hỏi cung bị can, Điều tra viên phải thông báo cho Kiểm sát viên và người bào chữa thời gian, địa điểm hỏi cung. Ngoài ra, theo khoản 3 Điều 184 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, trường hợp hỏi cung có mặt người bào chữa, người đại diện của bị can thì Điều tra viên, cán bộ điều tra phải giải thích cho những người này biết quyền và nghĩa vụ của họ trong khi hỏi cung bị can. Bị can, người bào chữa, người đại diện cùng ký vào biên bản hỏi cung. Trường hợp người bào chữa được hỏi bị can thì trong biên bản phải ghi đầy đủ câu hỏi của người bào chữa và trả lời của bị can.

Liên quan đến trách nhiệm thông báo cho người bào chữa, Điều 79 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định rõ cơ quan có thẩm quyền

tiến hành tố tụng phải báo trước một thời gian hợp lý cho người bào chữa về thời gian, địa điểm tiến hành các hoạt động tố tụng mà họ có quyền tham gia theo quy định của Bộ luật này. Chỉ trong trường hợp người bào chữa đã được cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng báo trước mà không có mặt thì hoạt động tố tụng vẫn được tiến hành, trừ trường hợp quy định tại Điều 291 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 (những trường hợp phải có mặt của người bào chữa). Vấn đề đặt ra là, các cơ quan có thẩm quyền sẽ phải hướng dẫn cụ thể về quy định "báo trước một thời gian hợp lý cho người bào chữa". Trong trường hợp này, Liên đoàn Luật sư Việt Nam đã đề nghị việc báo trước nên được thực hiện tối thiểu là trước 24 giờ so với thời gian tiến hành các hoạt động tố tụng.

Nếu khách hàng là người mới bị bắt, bị tạm giữ hoặc bị can, bị cáo đang bị tạm giam, Luật sư cần sắp xếp cuộc gặp càng sớm và càng nhiều càng tốt vì đây là khoảng thời gian khách hàng ở trong trạng thái khủng hoảng tâm lý, có thể ảnh hưởng đến việc khai báo. Đồng thời, mặc dù đã dự liệu tình huống xấu nhất, người mới bị bắt, bị tạm giữ hoặc bị can, bị cáo đang bị tạm giam vẫn dễ bị bất ngờ, sợ hãi và mong có cơ hội tiếp xúc sớm với Luật sư.

Buổi tiếp xúc đầu tiên có ý nghĩa rất quan trọng cả về phương diện tâm lý và nhận thức, có ảnh hưởng đến quá trình tham gia tố tụng của Luật sư. Do đó, Luật sư cần chuẩn bị chu đáo về các tài liệu đã được nghiên cứu, chuẩn bị một số ý kiến để sẵn sàng trao đổi, giải đáp vướng mắc, định hướng tìm kiếm, thu thập và đánh giá chứng cứ gỡ tội, giảm nhẹ trách nhiệm hình sự; hỏi thêm những sự kiện chưa rõ ràng, còn mâu thuẫn; tìm hiểu tâm tư, nguyện vọng, thái độ của khách hàng, v.v.. Thủ tục tiếp xúc ban đầu với bị can trong nhà tạm giữ, trại tạm giam ở mỗi địa phương là khác nhau, vì vậy, Luật sư nên chuẩn bị sẵn những giấy tờ để đối chiếu khi cần thiết.

Khi thực hiện thủ tục cần chú ý những bước sau:

- Sau khi vào cổng nhà tạm giữ, trại tạm giam trình giấy tờ, Luật sư cần liên hệ với Điều tra viên để được hướng dẫn. Trong trường hợp đã kết thúc điều tra, Luật sư liên hệ với bộ phận hồ sơ làm thủ tục trích xuất

bị can, bị cáo. Kinh nghiệm cho thấy, Giấy chứng nhận người bào chữa (trước đây) hay Giấy đăng ký bào chữa (sắp tới) thường chỉ được cấp 01 (một) bản chính nên Luật sư cần photo giấy này cùng Thẻ Luật sư để bộ phận thủ tục hồ sơ lưu giữ và trả lại bản chính cho Luật sư.

- Khi vào khu vực hỏi cung, tùy theo sơ đồ bố trí của từng trại giam, Luật sư sẽ được bàn giao bị can, bị cáo để làm việc và ký nhận, ký trả trên sổ ghi chép theo dõi của cơ sở giam giữ. Cần lưu ý là, hiện nay, nhiều cơ sở giam giữ đã trang bị các phương tiện ghi âm, ghi hình để bảo đảm tính minh bạch, công khai, nên Luật sư tuyệt đối không được cả nể, chiều lòng khách hàng bằng cách nhận thư từ, vật dụng cá nhân hoặc trao đổi những vấn đề nhạy cảm có thể dẫn đến hiểu sai về trách nhiệm của người bào chữa.

Trong buổi tiếp xúc ban đầu, sau khi lắng nghe ý kiến trình bày của bị can, bị cáo, Luật sư cần đặt những câu hỏi để tìm hiểu thêm nguyên nhân, bối cảnh, bản chất hành vi và các tình tiết cần làm rõ. Trong trường hợp Luật sư phát hiện những lời khai trong hồ sơ mâu thuẫn với những thông tin do bị can, bị cáo trực tiếp trao đổi với mình thì phải làm rõ từng điểm mâu thuẫn và tìm ra lý do dẫn đến những mâu thuẫn đó. Nhiều trường hợp, dấu hiệu bức cung, mớm cung của Điều tra viên hoặc dấu hiệu của sự sai lệch trong hồ sơ vụ án được Luật sư phát hiện ngay từ những buổi làm việc như vậy. Đó sẽ là những chứng cứ quan trọng để Luật sư sử dụng cho việc bào chữa của mình, góp phần xác định sự thật khách quan của vụ án, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng theo quy định của pháp luật.

II. THAM GIA HOẠT ĐỘNG ĐIỀU TRA

1. Tham gia một số hoạt động điều tra, phối hợp với Điều tra viên

Khi được chấp thuận với tư cách người bào chữa, Luật sư được Điều tra viên thông báo về tiến trình điều tra, thời gian và địa điểm hỏi cung bị can. Lúc đó, Luật sư cần đăng ký về kế hoạch làm việc bằng văn bản để xác định thời điểm thích hợp đối với cả hai bên. Khoản 1 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định về quyền của người bào chữa, cụ thể là:

"a) Gặp, hỏi người bị buộc tội;

b) Có mặt khi lấy lời khai của người bị bắt, người bị tạm giữ, khi hỏi cung bị can và nếu người có thẩm quyền tiến hành lấy lời khai, hỏi cung đồng ý thì được hỏi người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can. Sau mỗi lần lấy lời khai, hỏi cung của người có thẩm quyền kết thúc thì người bào chữa có thể hỏi người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can;

c) Có mặt trong hoạt động đối chất, nhận dạng, nhận biết giọng nói và hoạt động điều tra khác theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự;

d) Được cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng báo trước về thời gian, địa điểm lấy lời khai, hỏi cung và thời gian, địa điểm tiến hành hoạt động điều tra khác theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự;

đ) Xem biên bản về hoạt động tố tụng có sự tham gia của mình, quyết định tố tụng liên quan đến người mà mình bào chữa;

e) Đề nghị thay đổi người có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người giám định, người định giá tài sản, người phiên dịch, người dịch thuật; đề nghị thay đổi, hủy bỏ biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế;

g) Đề nghị tiến hành hoạt động tố tụng theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự; đề nghị triệu tập người làm chứng, người tham gia tố tụng khác, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng;

h) Thu thập, đưa ra chứng cứ, tài liệu, đồ vật, yêu cầu;

i) Kiểm tra, đánh giá và trình bày ý kiến về chứng cứ, tài liệu, đồ vật liên quan và yêu cầu người có thẩm quyền tiến hành tố tụng kiểm tra, đánh giá;

k) Đề nghị cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng thu thập chứng cứ, giám định bổ sung, giám định lại, định giá lại tài sản;

l) Đọc, ghi chép và sao chụp những tài liệu trong hồ sơ vụ án liên quan đến việc bào chữa từ khi kết thúc điều tra;

m) Tham gia hỏi, tranh luận tại phiên tòa;

n) Khiếu nại quyết định, hành vi tố tụng của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng;

o) Kháng cáo bản án, quyết định của Tòa án nếu bị cáo là người dưới 18 tuổi, người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự".

Như vậy, để việc tham gia của Luật sư trong các buổi hỏi cung của Điều tra viên với bị can có hiệu quả, tuân thủ quy định của pháp luật, cần chú ý một số nội dung và hoạt động dưới đây:

- Luật sư cần có văn bản xác định yêu cầu, nội dung và phạm vi đề nghị tham dự các buổi lấy lời khai, hỏi cung bị can, thông báo về thời gian, lịch trình có thể thu xếp tham dự các buổi hỏi cung này;

- Điều tra viên cần có văn bản thông báo cho Luật sư thời gian, địa điểm và lịch làm việc với người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can (dự kiến), cách thức trao đổi, liên hệ với Luật sư, những nguyên tắc và điều cấm khi làm việc tại buổi hỏi cung theo quy định của cơ quan điều tra, về trách nhiệm bảo mật thông tin điều tra;

- Khi tham gia buổi lấy lời khai, hỏi cung do Điều tra viên chủ trì, ngoài việc hỏi bị can với sự đồng ý của Điều tra viên, Luật sư có thể có một số quyền sau:

+ Giải thích về mặt pháp luật và lưu ý người bị buộc tội về quyền trả lời hoặc không trả lời về một vấn đề mà Điều tra viên hỏi;

+ Phản đối câu hỏi của Điều tra viên mà theo nhận thức của Luật sư với những câu hỏi mà Luật sư cho rằng mang tính chất mớm cung, bức cung;

+ Xem xét và có ý kiến về tính chính xác của nội dung biên bản lấy lời khai, biên bản hỏi cung;

+ Xác định tình trạng sức khỏe và tâm thần của người bị buộc tội khi hỏi cung, lấy lời khai.

Về biên bản làm việc với sự có mặt của Luật sư, cần phân biệt hai loại biên bản làm việc tương ứng với hai trường hợp triệu tập gặp hỏi người bị buộc tội trong nhà tạm giữ, trại tạm giam như đã phân tích ở trên. Bao gồm:

- Biên bản hỏi cung, lấy lời khai bị can với sự có mặt của Luật sư, trong đó chủ thể làm việc chính là Điều tra viên và người bị buộc tội, Luật sư chỉ là người tham dự, chứng kiến hoặc tham gia hỏi khi được Điều tra viên đồng ý;

- Biên bản làm việc của Luật sư, với sự có mặt của Điều tra viên, trong đó Luật sư đặt câu hỏi và người bị buộc tội trả lời về những vấn đề, hành vi mà cơ quan điều tra đã khởi tố và tiến hành điều tra.

Những điều Luật sư cần chú ý để tránh vi phạm pháp luật và đạo đức nghề nghiệp:

- Không nên mang theo, sử dụng điện thoại, phương tiện liên lạc khác trong quá trình làm việc trong nhà tạm giữ, trại tạm giam. Luật sư tuyệt đối không tạo điều kiện cho người bị buộc tội nói chuyện, liên lạc với gia đình; không mang theo đồ dùng gia đình yêu cầu để đưa cho người bị buội tội;

- Không nên làm người bị buộc tội ảo tưởng về việc Luật sư có thể tháo gỡ mọi việc. Trong các buổi hỏi cung bị can có sự tham gia của Luật sư, cần tránh đặt câu hỏi mà không được sự chấp nhận của Điều tra viên, Kiểm sát viên hoặc các câu hỏi có tính chất mớm cung. Không nên có thái độ ứng xử không đúng, thiếu tôn trọng đối với Điều tra viên, Kiểm sát viên;

- Tuyệt đối không đưa và nhận thư của người bị buộc tội và gia đình họ vì làm như vậy có thể khiến người bị buộc tội phải chịu kỷ luật trong trại tạm giam và Luật sư có thể bị xem xét là vi phạm trong quá trình tham gia tố tụng.

- Sau các buổi làm việc với người bị buộc tội trong nhà tạm giữ, trại tạm giam, thông thường, người thân của họ thường đề nghị Luật sư cho biết tình trạng giam giữ, sức khỏe và nhất là những việc Điều tra viên đã hỏi. Luật sư nên tránh trả lời những câu hỏi đi sâu vào tình tiết vụ án vì đây là những bí mật điều tra cần được tôn trọng. Luật sư chỉ nên thông qua nắm bắt tình hình, dự kiến cùng gia đình thực hiện một số nội dung cần điều tra, xác minh, cung cấp tài liệu, vật chứng để làm rõ trách nhiệm hình sự của người bị buộc tội.

2. Thu thập, kiểm tra, sử dụng và đánh giá chứng cứ

Trong một vụ án hình sự, để thực hiện tốt nhất vai trò của mình, Luật sư cần quan tâm đến kỹ năng thu thập chứng cứ, bởi càng tìm ra được nhiều chứng cứ có lợi thì khả năng gỡ tội, giảm nhẹ tội hoặc bảo vệ được quyền lợi cho khách hàng càng cao. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, hiện nay các Luật sư thường không chủ động tìm kiếm, phát hiện và thu thập chứng cứ của vụ án hình sự mà chủ yếu dựa trên những chứng cứ được cơ quan tiến hành tố tụng cung cấp hay lời khai, thông tin từ những người liên quan trong vụ án được ghi chép lại thành văn bản lưu tại hồ sơ. Tình trạng này một phần xuất phát từ đặc thù nghề nghiệp, những khó khăn, bất lợi của Luật sư trong việc tiếp cận, phát hiện và thu thập chứng cứ để phục vụ cho quá trình bào chữa, bảo vệ quyền lợi của khách hàng trong một vụ án hình sự.

Vấn đề bảo đảm quyền thu thập, kiểm tra và đánh giá chứng cứ của người bào chữa, bảo vệ quyền lợi của khách hàng là một trong những nội dung cốt lõi trong kiến nghị sửa đổi, bổ sung Bộ luật tố tụng hình sự của Liên đoàn Luật sư Việt Nam và đã nhận được sự ủng hộ của đại diện các cơ quan tiến hành tố tụng, các đại biểu Quốc hội. Theo Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003, địa vị pháp lý của Luật sư chưa tương xứng với chức năng cơ bản trong tố tụng hình sự, nên trong quá trình tham gia tố tụng, Luật sư không được quyền thu thập, kiểm tra, đánh giá chứng cứ nhằm phục vụ cho việc thực hiện trách nhiệm bào chữa, bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng. Trong nhiều trường hợp, người bào chữa tự mình thu thập chứng cứ, tài liệu từ phía nhân chứng, tổ chức, cá nhân có liên quan nhưng bị từ chối hoặc gây khó khăn.

Liên quan đến vấn đề này, khoản 1 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 ghi nhận 3 quyền của người bào chữa, bao gồm: (h) Thu thập, đưa ra chứng cứ, tài liệu, đồ vật, yêu cầu; (i) Kiểm tra, đánh giá và trình bày ý kiến về chứng cứ, tài liệu, đồ vật liên quan và yêu cầu người có thẩm quyền tố tụng kiểm tra, đánh giá; (k) Đề nghị cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng thu thập chứng cứ, giám định bổ sung, giám định lại, định giá lại tài sản. Theo Điều 88 Bộ luật tố tụng hình sự

năm 2015, để thu thập chứng cứ, người bào chữa có quyền gặp người mà mình bào chữa, người bị hại, người làm chứng và những người khác biết về vụ án để hỏi và nghe họ trình bày về những vấn đề liên quan đến vụ án; đề nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp tài liệu, đồ vật, dữ liệu điện tử liên quan đến việc bào chữa.

Khi tiếp nhận chứng cứ, tài liệu, đồ vật, dữ liệu điện tử liên quan đến vụ án do người bào chữa cung cấp, cơ quan tiến hành tố tụng phải lập biên bản giao nhận và kiểm tra, đánh giá theo quy định tại khoản 2, khoản 3 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Trong trường hợp việc thu thập chứng cứ gặp khó khăn, người bào chữa có quyền đề nghị cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng thu thập chứng cứ, giám định bổ sung, giám định lại, định giá lại tài sản. Cùng với việc khiếu nại, giải quyết khiếu nại, thì đây là biện pháp rất quan trọng nhằm bảo đảm quyền thu thập chứng cứ của người bào chữa, là cơ sở cho việc nâng cao vị thế của người bào chữa trong tố tụng hình sự.

Luật sư cũng không nên thụ động, dựa dẫm vào các tài liệu, chứng cứ sao chụp được từ cơ quan tiến hành tố tụng để phục vụ cho việc nghiên cứu, đánh giá của mình, mà cần phải triệt để tận dụng những quyền mà pháp luật trao cho, cần phát huy khả năng vận dụng, nắm bắt và xác định mục tiêu hướng đến của vụ án để thu thập, phát hiện những yếu tố, chứng cứ cần thiết phục vụ cho việc bào chữa cho thân chủ. Tuy nhiên, Luật sư cần lưu ý không nên quá chú trọng, lấn sâu vào việc tìm kiếm chứng cứ phục vụ cho bào chữa mà xem nhẹ các tài liệu, chứng cứ do cơ quan tiến hành tố tụng cung cấp, bởi trong hồ sơ của cơ quan điều tra có thể chứa đựng nhiều thông tin có lợi cho việc bào chữa.

Luật sư chỉ nên thu thập, tìm kiếm những chứng cứ có lợi cho khách hàng. Bởi ngoài nghĩa vụ làm rõ các tình tiết khách quan của vụ án, thì trách nhiệm của Luật sư trước hết là bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho khách hàng. Như vậy, những chứng cứ Luật sư có thể sử dụng phải là những chứng cứ có lợi cho người bị buộc tội và không làm xấu đi tình trạng của người bị buộc tội, như chứng cứ chứng minh sự vô tội của bị can nếu bị can thực sự vô tội, chứng cứ chứng minh hành vi phạm tội

của bị can không đến mức nguy hiểm như tài liệu trong hồ sơ thể hiện và các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự của bị can mà cơ quan điều tra chưa thể hiện trong hồ sơ.

3. Tham gia một số hoạt động tố tụng theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự, đề nghị triệu tập Điều tra viên và người tham gia tố tụng khác

Trước đây, trong quá trình hành nghề, Luật sư chưa có nhiều cơ hội tham gia các hoạt động tố tụng khác như chứng kiến việc khám nghiệm hiện trường, khám nghiệm tử thi, xem xét dấu vết trên thân thể, thực nghiệm điều tra, thu giữ vật chứng, định giá và bán đấu giá tài sản, v.v.. Trừ một số vụ án liên quan đến các hành vi xâm phạm hoạt động tư pháp, việc triệu tập Điều tra viên để làm rõ các vấn đề liên quan việc vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng, các dấu hiệu bức cung, nhục hình, làm sai lệch hồ sơ vụ án, v.v., không được pháp luật tố tụng hình sự quy định cũng như không được tiến hành trên thực tế.

Để giải quyết những bất cập nêu trên, điểm g khoản 1 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định người bào chữa có quyền đề nghị tiến hành một số hoạt động tố tụng theo quy định của pháp luật, đề nghị triệu tập người làm chứng, Điều tra viên và người tham gia tố tụng khác. Một điểm mới nữa của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 là khi khám nghiệm hiện trường phải có người chứng kiến; có thể cho bị can, người bào chữa, bị hại, người làm chứng và mời người có chuyên môn tham dự việc khám nghiệm (khoản 1 Điều 201 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015).

Ngoài ra, theo quy định tại Điều 296 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, để thực hiện quyền này của người bào chữa, trong quá trình xét xử, khi xét thấy cần thiết, Hội đồng xét xử có thể triệu tập Điều tra viên đã điều tra vụ án và những người khác đến phiên tòa để trình bày các vấn đề liên quan đến vụ án. Đây là quy định mới nhằm nâng cao địa vị pháp lý, quyền của người bào chữa cũng như làm rõ trách nhiệm của Điều tra viên trong quá trình tiến hành điều tra vụ án.

4. Tham gia vào trình tự xem xét, giải quyết các yêu cầu của bên buộc tội và gỡ tội

Có rất nhiều hoạt động mà Luật sư có thể tham gia nhằm giải quyết yêu cầu do các bên tham gia tranh tụng đưa ra trước khi mở phiên tòa xét xử công khai. Việc tìm kiếm cách thức để người bị buộc tội và người bào chữa của họ có thể đưa ra yêu cầu xem xét, đánh giá về tính hợp pháp của quá trình điều tra, thu thập chứng cứ trước khi mở phiên tòa và khiến Tòa án phải thực hiện nhiệm vụ xem xét, đánh giá này có ý nghĩa vô cùng quan trọng trong việc đề cao quyền tự bào chữa và nhờ người khác bào chữa của người bị buộc tội. Đây cũng là cơ hội giúp sàng lọc, loại bỏ các chứng cứ buộc tội được thu thập theo cách không hợp pháp, nhờ đó nguyên tắc tranh tụng giữa bên buộc tội và bên bị buộc tội trong việc đánh giá chứng cứ có cơ hội được thực hiện ngay trước khi mở phiên tòa.

Điều 253 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định khi cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp chứng cứ, tài liệu, đồ vật liên quan đến vụ án thì Thẩm phán được phân công Chủ tọa phiên tòa phải tiếp nhận và có thể hỏi người cung cấp về những vấn đề có liên quan đến chứng cứ, tài liệu, đồ vật đó và việc tiếp nhận phải được lập biên bản. Ngay sau khi nhận được chứng cứ, tài liệu, đồ vật do cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp, Tòa án phải chuyển cho Viện kiểm sát cùng cấp. Trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày nhận được chứng cứ, tài liệu, đồ vật, Viện kiểm sát phải xem xét và chuyển lại cho Tòa án để đưa vào hồ sơ vụ án.

Theo quy định tại Điều 279 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, trước khi mở phiên tòa, Thẩm phán được phân công Chủ tọa phiên tòa phải giải quyết các yêu cầu, đề nghị sau: (a) Yêu cầu của Kiểm sát viên và những người tham gia tố tụng về việc cung cấp, bổ sung chứng cứ; triệu tập người làm chứng, Điều tra viên và những người tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng khác đến phiên tòa; về việc thay đổi thành viên Hội đồng xét xử, Thư ký tòa án; (b) Đề nghị của bị cáo, người đại diện, người bào chữa về việc thay đổi, hủy bỏ biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế; (c) Đề nghị của Kiểm sát viên, những người tham gia

tố tụng về việc xét xử theo thủ tục rút gọn, xét xử công khai hoặc xét xử kín; (d) Đề nghị của những người tham gia tố tụng về việc vắng mặt tại phiên tòa. Nếu xét thấy yêu cầu, đề nghị có căn cứ thì Thẩm phán được phân công Chủ tọa phiên tòa giải quyết theo thẩm quyền hoặc thông báo cho người có thẩm quyền giải quyết theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự và thông báo cho người đã yêu cầu, đề nghị biết; nếu không chấp nhận thì thông báo bằng văn bản có nêu rõ lý do.

III. CÁC KỸ NĂNG TRAO ĐỔI CÔNG VIỆC, PHỐI HỢP THỰC HIỆN TRONG QUAN HỆ VỚI VIỆN KIỂM SÁT, TÒA ÁN

Sau khi kết thúc điều tra, Luật sư phải tiếp xúc và làm việc với Viện kiểm sát, Tòa án nên cần thực hiện theo đúng Quy tắc 23, Quy tắc 24 trong Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam. Sau đây là một số điểm cần lưu ý:

1. Tiếp xúc với Kiểm sát viên

Trước đây, từng có quan niệm không đúng khi cho rằng Luật sư và Kiểm sát viên là “những đối thủ trên đấu trường pháp lý”. Thậm chí có trường hợp, thay vì tranh luận về những vấn đề pháp lý mà hồ sơ vụ án đặt ra, hai bên lại đấu khẩu, công kích cá nhân, sử dụng những lời lẽ thiếu suy nghĩ hoặc có những ứng xử làm ảnh hưởng đến văn hóa pháp đình. Vì thế, việc xác định mối quan hệ phối hợp bình đẳng, minh bạch trên tinh thần thượng tôn pháp luật, tôn trọng sự thật khách quan trong hoạt động tố tụng hình sự giữa Luật sư và Kiểm sát viên là hết sức cần thiết. Bởi lẽ:

Thứ nhất, khi được chấp nhận tham gia tố tụng, Luật sư cần có những ứng xử phù hợp với Viện kiểm sát và Kiểm sát viên có thẩm quyền. Thực tiễn hành nghề cho thấy, phần lớn lãnh đạo Viện kiểm sát, Kiểm sát viên đều có thái độ chuẩn mực, tạo điều kiện thuận lợi cho Luật sư hành nghề. Nếu Luật sư tôn trọng Kiểm sát viên, tuân thủ nghiêm túc các quy định về quyền và nghĩa vụ của Luật sư, các quy tắc trách nhiệm nghề nghiệp, có thái độ ứng xử đúng đắn thì sẽ có điều kiện thực hiện nhiều hoạt động có lợi về mặt pháp lý cho khách hàng của mình.

Thứ hai, thời điểm làm phát sinh mối quan hệ giữa Luật sư với Kiểm sát viên thật ra không phải chỉ bắt đầu từ sau khi kết thúc giai đoạn điều tra, mà ngay trong giai đoạn điều tra Luật sư đã có thể phát sinh nhằm bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp cho người bị buộc tội. Do đó, trong giai đoạn truy tố, Luật sư cần tích cực nghiên cứu hồ sơ vụ án, kịp thời phát hiện những thiếu sót, sai lầm của cơ quan tiến hành tố tụng nhằm đưa ra các kiến nghị pháp lý, kiến nghị thay đổi biện pháp ngăn chặn, yêu cầu trả hồ sơ để điều tra bổ sung, xem xét lại các quyết định phê chuẩn của Viện kiểm sát. Muốn vậy, cùng với việc hiểu rõ bản chất hoạt động của Kiểm sát viên, Luật sư cũng cần hiểu thêm về cơ chế buộc tội và tính chất "thông khâu" trong hoạt động tố tụng của Kiểm sát viên để chuẩn bị cho giai đoạn xét xử sau này.

Thứ ba, phạm vi mối quan hệ trong giai đoạn quyết định việc truy tố giữa Luật sư và Kiểm sát viên bao gồm:

- Viện kiểm sát giải quyết các yêu cầu về thủ tục tố tụng như đăng ký tư cách người bào chữa, ngoài ra, một số địa phương còn yêu cầu Viện kiểm sát cấp lệnh trích xuất vào trại tạm giam;

- Luật sư xác định cơ chế phối hợp, trao đổi với Kiểm sát viên về những yêu cầu, nội dung, phương thức Luật sư tham gia trong giai đoạn làm cáo trạng và quyết định truy tố, cách thức liên lạc, bảo đảm nguyên tắc minh bạch trong ứng xử;

- Luật sư đọc, ghi chép, sao chụp hồ sơ vụ án theo quy định của pháp luật;

- Luật sư tham gia các buổi phúc cung, thu thập và cung cấp tài liệu, chứng cứ, tài liệu về nhân thân; đề xuất kiểm tra tình trạng thể chất và tâm thần của người bị buộc tội;

- Kiểm sát viên nhận cáo trạng của Viện trưởng Viện kiểm sát và giải quyết các yêu cầu, khiếu nại của Luật sư trong giai đoạn quyết định truy tố.

Thứ tư, Luật sư nên tránh trao đổi, bàn bạc, làm việc với Kiểm sát viên bên ngoài trụ sở Viện kiểm sát ở giai đoạn truy tố; tự ý sao chép

tài liệu mà không có sự đồng ý của Kiểm sát viên; không bảo đảm thời gian hẹn làm việc; ứng xử thiếu văn hóa, đánh giá không đúng về phẩm chất, năng lực của Kiểm sát viên; vi phạm những điều cấm của pháp luật và Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam.

2. Tiếp xúc với Tòa án

Mối liên hệ giữa Luật sư và Tòa án chủ yếu thông qua Thư ký của Tòa án. Thư ký tòa án là người trực tiếp hỗ trợ Luật sư thực hiện các thủ tục tố tụng, hướng dẫn, tạo điều kiện cho Luật sư tham khảo, nghiên cứu, sao chụp hồ sơ vụ án, tiếp nhận và chuyển các yêu cầu, đề xuất, kiến nghị của Luật sư đến Thẩm phán được phân công giải quyết vụ án hoặc đến lãnh đạo của Tòa án, cấp, tống đạt các hồ sơ, tài liệu, quyết định cho bị cáo, Luật sư, v.v.. Tất nhiên, đây là những quan hệ đúng đắn, minh bạch, không phải móc nối, làm sai quy chế, vi phạm pháp luật. Sự tôn trọng đối với Tòa án là bước khởi đầu để Luật sư có thể tiếp xúc và triển khai những công việc cần thiết sau này trong giai đoạn xét xử sơ thẩm. Do đó, để hình thành quan niệm đúng đắn về mục đích của việc tạo lập mối quan hệ giữa Luật sư với Thẩm phán, Hội thẩm, Thư ký tòa án thì Luật sư cần phải bảo đảm những yếu tố sau đây:

- Bảo đảm thực hiện các quyền và nghĩa vụ của Luật sư theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho bị cáo trong giai đoạn xét xử sơ thẩm và tại phiên tòa xét xử sơ thẩm; đồng thời tôn trọng sự thật khách quan, tuân thủ pháp luật, góp phần làm sáng tỏ sự thật của vụ án, đóng góp vào quá trình hoàn thiện pháp luật. Thông qua các kỹ năng, Luật sư cần khẳng định vai trò của mình trong việc bảo đảm tranh tụng dân chủ, tôn trọng và bảo vệ quyền con người trong hoạt động tư pháp, tôn trọng việc Tòa án là đối tượng trung tâm của chiến lược cải cách tư pháp, là cơ quan thực hiện quyền tư pháp.

- Hoàn thiện các kỹ năng trong việc nghiên cứu hồ sơ vụ án nhằm phát hiện những thiếu sót, sai phạm của quá trình điều tra và truy tố

nhằm đưa ra những kiến nghị hợp pháp, hợp lý, đặc biệt là trong việc bảo đảm thẩm quyền xét xử, các thủ tục tố tụng, thay đổi biện pháp ngăn chặn, bảo lãnh hoặc dùng tiền, tài sản có giá trị để bảo đảm, triệu tập nhân chứng và những người có liên quan, v.v., nhằm chuẩn bị cho bị cáo, đương sự những điều kiện tốt nhất về nội dung, tâm lý trước và trong khi diễn ra phiên tòa.

- Thông qua việc xây dựng và bảo đảm mối quan hệ giữa các chủ thể tham gia tố tụng tại phiên tòa sơ thẩm, từng bước góp phần xây dựng, hoàn thiện các quy tắc ứng xử nghề nghiệp và chuẩn mực văn hóa pháp đình.

- Gắn liền quá trình hành nghề của Luật sư với việc bảo đảm thời hạn chuẩn bị xét xử và kế hoạch xét xử của Tòa án.

IV. NGHIÊN CỨU HỒ SƠ VỤ ÁN

Nghiên cứu hồ sơ vụ án hình sự là một kỹ năng đặc biệt quan trọng của Luật sư, có ý nghĩa quyết định trong việc hình thành phương án bào chữa, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho thân chủ trong các giai đoạn tố tụng. Đây là sự kết hợp khả năng bao quát, đánh giá toàn diện với sự nhạy cảm, cẩn trọng và hiểu biết đến từng chi tiết, sự kiện của Luật sư đối với vụ án. Kỹ năng nghiên cứu hồ sơ vụ án có được thực hiện nhuần nhuyễn hay không còn tùy thuộc vào kinh nghiệm của Luật sư trong việc tìm ra cách tiếp cận "mạch chính", những vấn đề thuộc về bản chất của vụ án như: Hành vi đó có cấu thành tội phạm hay không, các căn cứ nào có thể sử dụng để xác định hoặc giảm nhẹ trách nhiệm hình sự hoặc minh oan cho thân chủ, các căn cứ nào liên quan đến việc bảo vệ quyền lợi của bị hại và đương sự mà Luật sư bảo vệ, v.v.. Ngoài ra, việc nghiên cứu hồ sơ còn giúp cho Luật sư có thể nắm bắt các sự kiện, tình tiết để trao đổi, làm việc chính xác với người bị buộc tội, đương sự, làm cơ sở cho việc đề xuất, kiến nghị với các cơ quan và người tiến hành tố tụng những giải pháp để ngăn chặn, xác minh, thu thập tài liệu, tổ chức đối chất, thực hiện một số hoạt động điều tra khác nhằm làm sáng tỏ sự thật vụ án.

Để chuẩn bị cho việc nghiên cứu hồ sơ được chu đáo, thuận lợi, Luật sư cần quan tâm những vấn đề sau:

Thứ nhất, chủ động liên hệ với Kiểm sát viên sau khi được xác nhận tư cách người bào chữa để sắp xếp lịch và địa điểm nghiên cứu hồ sơ. Tùy theo loại hồ sơ vụ án, khối lượng nhiều hay ít, Luật sư có thể đăng ký thứ tự hồ sơ nghiên cứu. Trước hết, cần xem xét danh mục tổng thể các tài liệu có trong hồ sơ vụ án (thống kê bút lục), sau đó, lựa chọn nghiên cứu, sao chụp những hồ sơ liên quan trực tiếp đến bị can mà mình nhận trách nhiệm bào chữa. Trong điều kiện được phép sao chụp hồ sơ, tài liệu trong ngày, Luật sư cần trang bị máy ảnh kỹ thuật số để tranh thủ thời gian, sau đó lưu về máy tính cá nhân để xử lý.

Thứ hai, về phương pháp trình và nghiên cứu hồ sơ, Luật sư cần quan tâm các vấn đề liên quan tới thủ tục tố tụng được thể hiện trong hồ sơ, cụ thể:

- Thủ tục khởi tố vụ án, khởi tố và bắt tạm giam bị can, thẩm quyền giữ, khám xét, thu giữ vật chứng, tài liệu, kê biên tài sản, v.v.. Trong một vụ án, Luật sư cần quan tâm cả thủ tục về trích lục tiền án, tiền sự, việc đình chỉ chức vụ, tạm đình chỉ sinh hoạt Đảng, v.v.;

- Các thủ tục liên quan đến việc trưng cầu và tiến hành giám định (sức khỏe, tài liệu, chữ ký, giám định kế toán - tài chính, v.v.);

- Các thủ tục liên quan tới việc đối chất, xác minh và các tài liệu trao đổi về tố tụng giữa các cơ quan có thẩm quyền.

Thứ ba, về phạm vi nghiên cứu hồ sơ, Luật sư cần chú ý những vấn đề cụ thể sau đây:

- Kiểm tra, đối chiếu lại nội dung giữa Cáo trạng và Kết luận điều tra, Kết luận điều tra bổ sung; xác định tội danh, các hành vi bị coi là tội phạm, khung hình phạt, v.v.;

- Nghiên cứu các văn bản trao đổi giữa cơ quan điều tra và Viện kiểm sát, với các cơ quan khác về việc đánh giá ban đầu hành vi của bị can, cơ sở của việc đề nghị phê chuẩn bắt tạm giam (trong một số trường hợp, những nhận định ban đầu này không chính xác, nên sau đó cơ quan điều tra phải thay đổi quyết định khởi tố bị can);

- Nghiên cứu các kết luận giám định (tài sản, tài chính - kế toán, tỷ lệ thương tật, nguyên nhân gây ra cái chết hoặc bị thương, v.v.), các biên bản khám nghiệm hiện trường, nhận dạng, đối chất, thực nghiệm điều tra;

- Nghiên cứu lời khai của bị can mà mình bào chữa và các bị can khác, nhân chứng, người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan, người bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự;

- Các tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ trách nhiệm hình sự; trích lục tiền án, tiền sự.

Thứ tư, Luật sư đồng thời cần tuân thủ một số nguyên tắc trong xử lý thông tin, trong đó có việc bảo đảm những thông tin về bí mật điều tra, cách thức trao đổi thông tin, tài liệu với khách hàng.

V. XÂY DỰNG ĐỀ CƯƠNG XÉT HỎI

Cùng với việc chuẩn bị chu đáo quan điểm bào chữa, thống nhất với bị cáo, đương sự trước khi mở phiên tòa, Luật sư cần quan tâm xây dựng kế hoạch thẩm vấn tại phiên tòa. Đây là một kế hoạch dự kiến, gắn với hoạt động hành nghề của Luật sư trong quá trình tham gia nên không cố định, có thể được thay đổi tùy theo hoàn cảnh, diễn biến của phiên tòa. Tất nhiên, kế hoạch thẩm vấn cần được xây dựng một cách có chọn lọc sao cho thông qua quá trình thẩm vấn, Hội đồng xét xử và những người tham gia phiên tòa có thể đoán được hướng đi của Luật sư.

Mục đích của xây dựng kế hoạch thẩm vấn:

- Thể hiện tính tích cực, chủ động tham gia vào quá trình xét xử tại phiên tòa của Luật sư;

- Nhận diện được những nội dung và đối tượng cần tham gia thẩm vấn trên cơ sở bám sát quá trình thẩm vấn của những người tiến hành tố tụng;

- Kết quả thẩm vấn, tiến trình tranh tụng có thể làm cơ sở cho việc hình thành phán quyết của Hội đồng xét xử.

Nhận diện phạm vi đối tượng thẩm vấn: Khác với kế hoạch thẩm vấn của Hội đồng xét xử phải bao quát toàn bộ những vấn đề và những người tham gia tố tụng khác (trừ người bào chữa), trọng tâm kế hoạch thẩm vấn của Luật sư chủ yếu liên quan đến những đối tượng có mối quan hệ trực tiếp, có lời khai ảnh hưởng đến việc xác định sự thật của vụ án, đến việc xác định trách nhiệm hình sự đối với bị cáo mà Luật sư bào chữa. Đó có thể là lời khai của các bị cáo khác, nhân chứng, người liên quan, giám định viên, v.v.. Để làm rõ những vấn đề mấu chốt từ kết quả thẩm vấn, Luật sư cần lưu ý đến trình tự thẩm vấn, cách thức tiến hành và nghệ thuật thẩm vấn. Trường hợp Luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho đương sự thì tùy thuộc vào yêu cầu bảo vệ mà xác định đối tượng thẩm vấn, có thể khai thác những thông tin phục vụ cho yêu cầu bồi thường thiệt hại, xác định trách nhiệm hình sự, v.v..

Xác định nội dung các câu hỏi thẩm vấn: Chuẩn bị nội dung các câu hỏi thẩm vấn là khâu quan trọng nhất của kế hoạch thẩm vấn. Vì thời lượng thẩm vấn tại tòa do Thẩm phán Chủ tọa phiên tòa điều khiển và quyết định nên Luật sư cần tập trung vào những câu hỏi liên quan trực tiếp đến việc xác định trách nhiệm hình sự, các tình tiết tăng nặng và giảm nhẹ, trách nhiệm dân sự của bị cáo trong vụ án hình sự (nếu có). Các câu hỏi phải ngắn gọn, dễ hiểu, tránh việc có thể hiểu theo nhiều nghĩa khiến người bị hỏi lúng túng, đôi khi không đạt được hiệu quả thẩm vấn. Ngoài ra, Luật sư cần rà soát lại các câu hỏi của Hội đồng xét xử, Kiểm sát viên và các Luật sư khác để tránh trùng lặp khi tham gia xét hỏi.

Hình thức của bản kế hoạch thẩm vấn: Kế hoạch thẩm vấn có thể được thể hiện bằng hình thức viết tay hoặc đánh máy hay in ấn cẩn thận. Luật sư có thể chia khổ giấy làm hai phần, một phần dự kiến nội dung câu hỏi thẩm vấn, phần còn lại để trống để ghi chép câu trả lời.

Trong quá trình nghiên cứu hồ sơ vụ án, trao đổi với bị can, bị cáo, Luật sư từng bước hình thành và xây dựng một bản kế hoạch thẩm vấn chi tiết. Tuy nhiên, trên thực tế, mặc dù Luật sư đã xây dựng kế hoạch thẩm vấn rất chi tiết, nhưng theo diễn biến phiên tòa có thể sẽ phải lược bỏ hoặc đặt thêm nhưng câu hỏi mới để làm sáng tỏ vấn đề. Vì

thế, trong giai đoạn thẩm vấn tại tòa, Luật sư phải tập trung lắng nghe các phần thẩm vấn của Hội đồng xét xử, Kiểm sát viên và những người tham gia tố tụng khác để điều chỉnh kịp thời kế hoạch thẩm vấn của mình cho phù hợp.

VI. CHUẨN BỊ LUẬN CỨ BÀO CHỮA, BẢO VỆ QUYỀN VÀ LỢI ÍCH HỢP PHÁP CHO KHÁCH HÀNG

Việc chuẩn bị quan điểm bào chữa, bảo vệ quyền lợi hoàn toàn khác với văn bản kiến nghị của Luật sư trước khi mở phiên tòa. Cụ thể:

- Dự thảo quan điểm pháp lý của Luật sư là sự chuẩn bị chưa đầy đủ về định hướng bào chữa hoặc bảo vệ, nên cấu trúc của nó không phụ thuộc vào việc bảo đảm tính hình thức của văn bản.

- Trong khi đó, văn bản kiến nghị của Luật sư gửi cho Tòa án đòi hỏi tính nghiêm túc về hình thức, chặt chẽ, được lập thành văn bản chính thức, thể hiện tập trung vào vấn đề cần kiến nghị hoặc đưa ra kiến nghị xem xét toàn diện vụ án. Những đề xuất trong văn bản này phải cụ thể, dựa trên căn cứ pháp lý chính xác, không phải là những vấn đề còn tranh cãi.

Mặc dù chưa phải là bản quan điểm pháp lý chính thức trình bày trước phiên tòa, nhưng cấu trúc của bản dự thảo quan điểm pháp lý của Luật sư vẫn cần có những nội dung chủ yếu sau:

- *Phần mở đầu*: Nêu cơ sở của việc nhận trách nhiệm bào chữa cho bị cáo (qua gia đình hoặc trực tiếp được người bị buộc tội nhờ từ giai đoạn nào), tóm tắt nội dung luận tội của Cáo trạng, nhấn mạnh điều khoản Bộ luật hình sự được áp dụng, tên của tội danh. Đối với văn bản bảo vệ quyền lợi, Luật sư nêu tóm tắt hành vi mà bị cáo thực hiện và những thiệt hại của bị hại do hành vi phạm tội gây ra, xác định những điều khoản pháp lý là căn cứ cho việc xử lý hành vi hoặc trách nhiệm bồi thường thiệt hại của bị cáo.

- *Phần đánh giá về nguyên nhân, bối cảnh, những yếu tố tác động đến quá trình giải quyết vụ án*: Đây là nội dung quan trọng mà các Luật sư thường ít quan tâm vì cho rằng vấn đề cơ bản trong quan điểm

pháp lý của Luật sư là đánh giá trực tiếp tội danh quy buộc đối với bị can, bị cáo. Tuy nhiên, việc đánh giá các yếu tố này cho phép Luật sư nhìn thấu đáo, toàn diện các khía cạnh, vấn đề có thể ảnh hưởng tới việc đánh giá bản chất vụ án, bao gồm:

+ Nguyên nhân phát sinh vụ án (nguyên nhân trực tiếp, nguyên nhân khách quan và chủ quan),

+ Bối cảnh và các yếu tố tác động ảnh hưởng đến việc xem xét, đánh giá bản chất vụ án.

- *Phần đánh giá về chứng cứ liên quan việc xác định các dấu hiệu cấu thành tội phạm*: Đây là phần quan trọng nhất, là "xương sống" của văn bản thể hiện quan điểm pháp lý của Luật sư. Ở nội dung này, thông qua việc đánh giá chứng cứ thu thập được trong quá trình điều tra thể hiện trên hồ sơ và các chứng cứ khác thu thập được, Luật sư có thể luận giải, bác bỏ, phân tích những vấn đề trong kết luận của các cơ quan tiến hành tố tụng là có căn cứ pháp lý hay không. Cấu trúc của phần này gồm:

+ Bám sát các dấu hiệu cấu thành tội phạm và những vấn đề pháp lý phải thỏa mãn khi muốn xác định trách nhiệm hình sự của bị can. Trong một số trường hợp, Luật sư nên so sánh giữa cấu thành tội phạm của các tội khác nhau, những dấu hiệu cần và đủ với những sai lầm thường gặp trong thực tiễn xét xử dẫn đến xác định không đúng các dấu hiệu cấu thành tội phạm;

+ Sử dụng phương pháp phân tích, chứng minh, so sánh, đối chiếu, diễn giải, quy nạp nhằm hướng tới việc chứng minh tính không có căn cứ trong việc truy tố tội danh với bị cáo hoặc trong trường hợp bị cáo nhận tội, những tình tiết giảm nhẹ cần được lưu tâm khi giải quyết vụ án, v.v.. Ngoài lời khai của các đối tượng liên quan đến vụ án, những chứng cứ thu thập được trong quá trình điều tra, lời khai của nhân chứng, người liên quan, người bị hại, v.v., Luật sư đều phải đánh giá, gắn liền chúng với việc chứng minh có hay không hành vi phạm tội của bị cáo mà Luật sư nhận trách nhiệm bào chữa. Có hai cách để diễn giải nội dung các chứng cứ, bút lục liên quan đến phần này: Trích dẫn

nguyên văn đoạn lời khai thích hợp (có thể hiện bút lục, ngày tháng, thậm chí địa điểm, người tiến hành lấy lời khai, v.v.) hoặc tóm tắt ý chính của lời khai và bút lục thể hiện trong hồ sơ. Tuy nhiên, đối với một số lời khai, chứng cứ quan trọng, cần trích nguyên văn nội dung và xuất xứ, thậm chí in đậm, in nghiêng để lưu ý nhấn mạnh khi trình bày.

+ Trong các vụ án phức tạp, đòi hỏi phải có sự đối chiếu, căn cứ vào kết quả giám định tư pháp (pháp y, giám định tài chính - kế toán, v.v.), Luật sư cần có ý kiến đánh giá về thủ tục trưng cầu và tiến hành giám định, nhận xét xem phương pháp, nội dung kết luận giám định có căn cứ hay không, có giá trị pháp lý hay không.

- *Phần kết luận và kiến nghị*: Nội dung của phần này có thể tóm tắt, nêu ngắn gọn những nhận xét, kết luận từ phần đánh giá nội dung, khẳng định các căn cứ pháp lý cho việc chứng minh bị cáo không phạm tội hoặc các tình tiết về hoàn cảnh, nhân thân của bị cáo có thể làm căn cứ giảm nhẹ trách nhiệm hình sự. Từ đó, Luật sư mạnh dạn đề xuất các kiến nghị pháp lý thích hợp như đề nghị tuyên bố bị cáo không phạm tội, tuyên trả tự do tại phiên tòa, hoặc vận dụng các điều luật xem xét áp dụng các tình tiết giảm nhẹ, tình tiết xác định áp dụng dưới khung hình phạt, áp dụng chế định án treo (án không giam giữ), v.v..

Trường hợp Luật sư bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp cho đương sự thì cần có những kết luận và kiến nghị trong việc yêu cầu xử lý công bằng đối với bị cáo và yêu cầu bị cáo bồi thường các thiệt hại đối với người bị hại hoặc thực hiện trách nhiệm dân sự đối với đương sự mà mình bảo vệ.

VII. NHẬN THỨC VÀ THAO TÁC KỸ NĂNG TRANH TỤNG TẠI PHIÊN TÒA

1. Chuẩn bị tham gia và kỹ năng tranh tụng tại phiên tòa

Vấn đề nhận thức, chuẩn bị và có mặt tại phiên tòa sơ thẩm có ý nghĩa rất quan trọng trong kỹ năng hành nghề Luật sư, ảnh hưởng đến hiệu quả bào chữa, bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho khách hàng. Điều 291

Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định về sự có mặt của người bào chữa tại phiên tòa là bắt buộc, nhưng có thể gửi trước bản bào chữa cho Tòa án. Trường hợp người bào chữa vắng mặt lần thứ nhất vì lý do bất khả kháng hoặc do trở ngại khách quan thì Tòa án phải hoãn phiên tòa, trừ trường hợp bị cáo đồng ý xét xử vắng mặt người bào chữa. Nếu người bào chữa vắng mặt không vì lý do bất khả kháng hoặc không phải do trở ngại khách quan hoặc được triệu tập hợp lệ lần thứ hai mà vẫn vắng mặt thì Tòa án vẫn mở phiên tòa xét xử. Trường hợp bắt buộc phải có người bào chữa theo quy định tại Điều 76 của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 mà người bào chữa vắng mặt, thì Hội đồng xét xử phải hoãn phiên tòa, trừ trường hợp bị cáo, người đại diện của bị cáo đồng ý xét xử vắng mặt người bào chữa.

Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 dành hẳn mục V Chương XXI để quy định về thủ tục tranh tụng tại phiên tòa đồng thời coi đây là nội dung cốt lõi thể hiện nguyên tắc bảo đảm tranh tụng trong xét xử theo tinh thần Hiến pháp năm 2013. Về cơ bản, Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 vẫn chưa quy định việc Chủ tọa phiên tòa là người trực tiếp điều hành việc hỏi, mà chỉ quy định trong quá trình xét hỏi, Chủ tọa phiên tòa hỏi trước sau đó quyết định để Thẩm phán, Hội thẩm, Kiểm sát viên, người bào chữa, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự thực hiện việc hỏi (Điều 307 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015). Tuy nhiên, Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 đã có những điểm mới trong quy định trình tự phát biểu khi tranh luận, yêu cầu Kiểm sát viên khi luận tội phải căn cứ vào những chứng cứ, tài liệu, đồ vật đã được kiểm tra tại phiên tòa và ý kiến của bị cáo, người bào chữa, người bảo vệ quyền, lợi ích của đương sự cũng như những người tham gia tố tụng khác tại phiên tòa (Điều 321 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015).

Về phần mình, bị cáo, người bào chữa và những người tham gia tố tụng khác có quyền trình bày ý kiến, đưa ra chứng cứ, tài liệu, những lập luận để đối đáp với Kiểm sát viên về những chứng cứ buộc tội, gỡ tội; tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội;

hậu quả do hành vi phạm tội gây ra; nhân thân và vai trò của bị cáo trong vụ án; các tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, mức hình phạt; trách nhiệm dân sự, xử lý vật chứng, biện pháp tư pháp; nguyên nhân, điều kiện phạm tội và những tình tiết khác có ý nghĩa đối với vụ án, cũng như có quyền đưa ra đề nghị của mình đối với những vấn đề nêu trên.

Trên cơ sở đó, theo Điều 322 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, Kiểm sát viên phải đưa ra những chứng cứ, tài liệu và những lập luận của mình để đối đáp đến cùng với từng ý kiến của bị cáo, người bào chữa và những người tham gia tố tụng khác tại phiên tòa. Người tham gia tranh luận có quyền đáp lại ý kiến của người khác. Chủ tọa phiên tòa không được hạn chế thời gian tranh luận, phải tạo điều kiện cho Kiểm sát viên, bị cáo, người bào chữa, bị hại và những người tham gia tố tụng khác tranh luận, trình bày hết ý kiến, tuy nhiên, chủ tọa có quyền cắt những ý kiến không liên quan đến vụ án và các ý kiến trùng lặp. Chủ tọa phiên tòa có quyền yêu cầu Kiểm sát viên phải đáp lại những ý kiến của người bào chữa và những người tham gia tố tụng khác nếu những ý kiến đó chưa được Kiểm sát viên tranh luận. Hội đồng xét xử phải lắng nghe, ghi nhận đầy đủ ý kiến của Kiểm sát viên, bị cáo, người bào chữa và những người tham gia tranh luận tại phiên tòa để đánh giá khách quan, toàn diện sự thật vụ án. Trường hợp không chấp nhận ý kiến của những người tham gia phiên tòa thì Hội đồng xét xử phải nêu rõ lý do và phải được thể hiện trong bản án.

Những điểm đổi mới nêu trên là cơ sở bảo đảm thực hiện nguyên tắc tranh tụng trong xét xử quy định tại Điều 26 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Bản án, quyết định của Tòa án phải căn cứ vào kết quả kiểm tra, đánh giá chứng cứ và kết quả tranh tụng tại phiên tòa.

Tại phiên tòa, quá trình thẩm vấn của Luật sư là cách thể hiện hướng đi, dự báo về những vấn đề cần tranh luận. Đối với những Kiểm sát viên nhiều kinh nghiệm tranh tụng, họ đôi khi sẽ tạo ra những bài luận tội "mở", chủ động để khoảng trống, sơ hở để Luật sư nhầm tưởng họ luận tội không đầy đủ, chứng cứ còn thiếu sót, v.v., để khi đến phần bào chữa

của Luật sư, họ sẽ đưa ra những bằng chứng, lý lẽ sắc bén. Vì vậy, Luật sư cần hết sức chủ động trong việc rà soát những nội dung đã chuẩn bị và có những kỹ năng khi tham gia tranh tụng.

Sau đây là những điểm cần chú ý trong việc chuẩn bị cấu trúc và nội dung bài bào chữa trên cơ sở sự chuẩn bị luận cứ bào chữa như đã trình bày tại Mục IV nêu trên và qua diễn biến thực tế tại phiên tòa:

- *Phần mở đầu:*

Cách mở đầu bài bào chữa có ý nghĩa rất quan trọng đối với toàn bộ quá trình tranh luận. Luật sư cần lưu ý đây là bài trình bày bằng miệng tại phiên tòa, nên phong thái, khẩu khí, văn phong của Luật sư đóng vai trò rất quan trọng. Luật sư cần chú ý tới "không gian" pháp đình để xác định cách mở bài phù hợp tại phiên tòa nhằm thu hút sự chú ý của Hội đồng xét xử và những người tham gia tố tụng khác. Có một số cách mở đầu bài phát biểu bào chữa phổ biến như sau:

+ Giới thiệu bản thân với tư cách người bào chữa, tóm tắt những nội dung buộc tội của Viện kiểm sát;

+ Đánh giá trực diện về lời luận tội của Kiểm sát viên, nhận xét về những quan điểm, căn cứ nêu trong phần kết luận, từ đó tập trung phân tích, đánh giá nhằm bác bỏ quan điểm của Kiểm sát viên.

+ Đối với những vụ án đặc biệt nghiêm trọng, thu hút sự chú ý của dư luận, phần mở đầu có thể nêu lên những cảm nhận, suy nghĩ của Luật sư khi nhận trách nhiệm bào chữa cho bị cáo, phân tích những yếu tố, ảnh hưởng tác động đến quá trình điều tra, truy tố, xét xử vụ án. Ngoài ra, Luật sư có thể phác họa bối cảnh xảy ra vụ án, những quan điểm, tinh thần cần quán triệt để bảo đảm việc xét xử đúng người, đúng tội, đúng pháp luật.

+ Trong trường hợp vụ án liên quan đến tình hình trật tự xã hội, Luật sư cũng có thể sử dụng cách tiếp cận bài bào chữa từ sự cảm thông, sự chia sẻ với những mất mát, đau đớn của gia đình các nạn nhân.

Như vậy có thể nói, tùy theo bối cảnh của mỗi phiên tòa mà Luật sư có thể có những cách mở đầu bài phát biểu bào chữa khác nhau để

tạo ra những ấn tượng, cách tiếp cận vấn đề khác nhau. Việc mở đầu bài bào chữa như thế nào không phải là một nội dung cố định, rập khuôn, mà là một trong những phần thể hiện được tính thích ứng, óc phán đoán, tư duy nhạy bén, sự cảm nhận tinh tế, với trách nhiệm và nhãn quan chính trị - pháp lý đầy đủ của Luật sư.

- *Phần nội dung:*

Đây là phần trọng tâm trong bài bào chữa, là sự kết tinh quá trình nghiên cứu kỹ lưỡng hồ sơ vụ án, quá trình thẩm vấn công khai tại phiên tòa và là sự chuyển hóa linh hoạt nội dung các bản kiến nghị của Luật sư qua các giai đoạn trước đây. Cấu trúc của phần nội dung có thể được sắp xếp theo những cách khác nhau. Ví dụ:

Cách 1: Bám sát nội dung luận tội của Kiểm sát viên nhằm đáp lại những cáo buộc, những lập luận thiếu chứng cứ. Luật sư cần lưu ý đây chưa phải là phần đối đáp khi tranh luận, nhưng với việc bám sát nội dung buộc tội sẽ giúp Luật sư tập trung cao độ cho phần bào chữa mà không bị Chủ tọa phiên tòa ngắt lời, có cơ hội nêu bật sự khác biệt giữa quan điểm buộc tội và quan điểm bào chữa.

Cách 2: Luật sư chủ động xây dựng cấu trúc theo sự chuẩn bị của mình, trong đó chia ra thành từng đề mục lần lượt theo các bước sau:

+ Tóm tắt những hành vi và tội danh mà đại diện Viện kiểm sát đã kết luận đối với bị cáo thông qua lời luận tội;

+ Phân tích các chứng cứ có trong hồ sơ và kết quả thẩm vấn công khai tại phiên tòa để chứng minh việc kết tội bị cáo là không đầy đủ căn cứ pháp lý hoặc làm rõ các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự;

+ Các tình tiết liên quan đến nhân thân, nguyên nhân, hoàn cảnh phạm tội, v.v..

Cách 3: Nếu vụ án phức tạp, phiên tòa phải hoãn xử nhiều lần, trong đó có cả việc hoãn xử để điều tra bổ sung, Luật sư cần tóm tắt lại những vấn đề đã đặt ra trong các phiên tòa trước, những nội dung mà Tòa án yêu cầu điều tra bổ sung, kết quả điều tra bổ sung và đánh giá về những kết quả bổ sung đó.

Cách 4: Nếu đã chuẩn bị kỹ lưỡng cho phần tranh luận với Kiểm sát viên, Luật sư có thể không cần phải đưa ra hết nội dung đã chuẩn bị trong bài bào chữa mà chỉ "hé mở" một số nội dung có khả năng sẽ sử dụng cho việc đối đáp trong phần tranh luận tại phiên tòa. Trong thực tiễn tranh tụng, Luật sư thường giữ lại những chứng cứ, bút lục có ý nghĩa quyết định để đưa vào nội dung trong phần đối đáp.

- *Phần kết luận, kiến nghị:*

Nếu ở phần mở đầu bài bào chữa, Luật sư cần cố gắng tạo ra ấn tượng, thu hút sự chú ý của Hội đồng xét xử và những người tham gia tố tụng khác thì ở phần kết luận, Luật sư cần có được sự lắng đọng, đúc kết những kết luận, những căn cứ pháp lý mang tính thuyết phục cao.

Sau đây là một số gợi ý kết thúc bài bào chữa mà Luật sư có thể tham khảo:

+ Nhận xét và kết luận rõ ràng quan điểm bào chữa của Luật sư, từ đó nêu lên căn cứ pháp lý nhằm đưa ra kiến nghị định hướng xử lý vụ án cụ thể, dứt khoát có tội hay không có tội.

+ Hệ thống lại những luận điểm chính đã nêu trong bài bào chữa, nhấn mạnh những điểm kết luận, đề cập các vấn đề về nhân thân và điều kiện sức khỏe của khách hàng để Hội đồng xét xử xem xét.

+ Đối với những vụ án phức tạp, được dư luận quan tâm, ngoài việc hệ thống lại những nội dung đã trình bày trong bài bào chữa, Luật sư cần nhấn mạnh đến những tác động to lớn từ kết quả quá trình tiến hành tố tụng, từ đó đề xuất, thu hút sự chú ý của Hội đồng xét xử trước khi bước vào phần nghị án.

Ngoài ra, Luật sư cũng cần chuẩn bị cho trường hợp Hội đồng xét xử sau phần tranh luận có thể quay trở lại phần xét hỏi. Để tránh lúng túng, Luật sư cần quan tâm đến một số mối quan hệ ứng xử với những người tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng khác:

+ Đối với Hội đồng xét xử và Kiểm sát viên: Luật sư cần tôn trọng các quyết định của Chủ tọa phiên tòa khi điều khiển quá trình tranh luận. Trong quá trình Kiểm sát viên phát biểu luận tội, Luật sư không nên

có những hành vi, cử chỉ thiếu sự chú ý và cần thể hiện thái độ tôn trọng với những người tiến hành tố tụng.

+ Nếu có hai Luật sư cùng tham gia bào chữa cho một bị cáo, cần trao đổi thống nhất nội dung mà mỗi người sẽ trình bày và thứ tự phát biểu. Luật sư nên tìm nhiều cách bổ sung, cách tiếp cận mới cho bài bào chữa của mình để làm sáng tỏ hơn những nhận định của đồng nghiệp.

+ Nếu vụ án vừa có sự tham gia của Luật sư bào chữa cho bị cáo, vừa có cả Luật sư bảo vệ quyền lợi cho người bị hại hoặc các đương sự khác, thì theo thứ tự Luật sư bào chữa cho bị cáo sẽ phát biểu trước. Lúc này, Luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho những người tham gia tố tụng khác cần tỏ thái độ tôn trọng đồng nghiệp, không nên có những hành vi cư xử không đúng mực.

2. Kỹ năng đối đáp tại phiên tòa

Sau phần luận tội của đại diện Kiểm sát viên và bào chữa của Luật sư là phần đối đáp, tranh luận tại phiên tòa. Kỹ năng đối đáp tại phiên tòa là một kỹ năng rất quan trọng khi tham gia phiên tòa xét xử các vụ án hình sự, phản ánh sự nhạy bén, khả năng phán đoán, dự báo những vấn đề phát sinh trực tiếp tại phần tranh luận, thể hiện bản lĩnh và khẩu khí của Luật sư. Có thể nói, phần đối đáp là phần bộc lộ hết những khả năng tiềm ẩn của một Luật sư, có ý nghĩa lớn trong việc xử lý các tình huống phát sinh, tác động tới tâm lý, nhận thức, trạng thái tình cảm của Hội đồng xét xử dẫn đến những quyết định quan trọng cho bị cáo trong quá trình nghị án, tuyên án. Thực tiễn tranh tụng trong các vụ án hình sự cho thấy Luật sư cần phải bảo đảm những yêu cầu sau:

- Trước hết, yêu cầu cơ bản của phần đối đáp là Luật sư cần đề cập trực diện vào những vấn đề cần tranh luận, làm sáng tỏ các vấn đề có liên quan trực tiếp đến vụ án chứ không trình bày chung chung làm mất thời gian của phiên tòa.

- Nội dung phần đối đáp phải mang tính mới, bao gồm các vấn đề chưa được đề cập trong phần bào chữa. Tuy nhiên, do Kiểm sát viên có đề cập trong phần tranh luận trở lại nên Luật sư buộc lòng phải trình bày,

lý giải để làm rõ vấn đề. Theo quy định tại Điều 322 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, Kiểm sát viên phải đưa ra chứng cứ, tài liệu và lập luận để đối đáp từng ý kiến của bị cáo, người bào chữa, người tham gia tố tụng khác tại phiên tòa. Người tham gia tranh luận có quyền đáp lại ý kiến của người khác. Tuy nhiên, Luật sư chỉ nên tìm kiếm, lựa chọn vấn đề mang tính quyết định để tranh luận, đối đáp.

- Phân tích, phát hiện những mâu thuẫn trong phần luận tội và tranh luận của Kiểm sát viên, chỉ ra những điểm thiếu căn cứ, thiếu tính thuyết phục, từ đó, nhấn mạnh tính hợp lý, có căn cứ trong lập luận của mình;

- Nội dung đối đáp phải ngắn gọn, ngôn ngữ chuẩn mực, thể hiện thái độ ứng xử có văn hóa, không được có những thái độ không chừng mực dẫn đến xúc phạm những người tiến hành và những người tham gia tố tụng khác. Mặc dù pháp luật không hạn chế thời gian đối đáp, nhưng Luật sư cần lưu ý đến bối cảnh của việc đối đáp, thái độ lắng nghe của Hội đồng xét xử để biết mình nên dừng ở đâu, nói đến mức độ nào là hợp lý.

Nội dung của phần đối đáp cần bao gồm 3 phần chính:

+ Phân tích, đánh giá những điểm mới, cần ghi nhận trong phần tranh luận trở lại của Kiểm sát viên, so sánh với phần đã phát biểu trong bài luận tội;

+ Nhắc lại một cách tổng quát những luận điểm chính mà Luật sư đã phát biểu trong phần bào chữa, nhấn mạnh những chứng cứ quan trọng cần lưu ý trong đối đáp;

+ Từ đó, phân tích làm rõ thêm các tình tiết, chứng cứ liên quan đến việc xác định mức độ vi phạm, phạm vi giới hạn áp dụng Bộ luật hình sự, các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự và đề xuất quan điểm giải quyết, xử lý đối với bị cáo.

Chương 3
KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG VỤ ÁN MA TÚY

Ở Việt Nam, ma túy được xác định là chất gây nghiện nguy hiểm, do đó, chỉ một số cơ quan, đơn vị mới được Nhà nước cho phép sản xuất các sản phẩm có chứa chất gây nghiệm để phục vụ cho lĩnh vực nghiên cứu khoa học và y học. Việc sản xuất này chủ yếu được tiến hành trong lĩnh vực y tế nhằm mục đích chữa bệnh, được Nhà nước quản lý nghiêm ngặt từ khâu sản xuất, mua bán và sử dụng. Do đó, hành vi mua bán trái phép chất ma túy cũng như các hành vi khác có liên quan đều là trực tiếp xâm phạm độc quyền và thống nhất quản lý, trao đổi, sử dụng chất gây nghiện nguy hiểm của Nhà nước và là nguyên nhân làm gia tăng số lượng người nghiện ma túy trong xã hội, đe doạ đến trật tự an toàn công cộng, đặc biệt ảnh hưởng đến sức khỏe con người và sự phát triển lành mạnh của xã hội.

Trong những năm gần đây, tình hình tội phạm về ma túy có chiều hướng diễn biến phức tạp và ngày càng tinh vi. Đảng và Nhà nước đã có nhiều chủ trương, quyết sách mạnh mẽ trong đấu tranh phòng, chống nhằm ngăn chặn và đẩy lùi tệ nạn ma túy. Tuy nhiên, do nhiều nguyên nhân mà tội phạm ma túy vẫn đang là nỗi ám ảnh, bức xúc và quan tâm của toàn xã hội. Trong bối cảnh các vụ án về ma túy đang có chiều hướng gia tăng, kỹ năng của Luật sư khi tham gia bào chữa các vụ án về ma túy cũng cần được hoàn thiện, bởi đại đa số các vụ án ma túy đều phải có Luật sư bào chữa theo quy định của pháp luật.

I. TÍNH CHẤT, ĐẶC ĐIỂM CỦA VỤ ÁN MA TÚY

Do đặc điểm siêu lợi nhuận do buôn bán ma túy mang lại, người phạm tội về ma tuý đều rất liều lĩnh và hành vi phạm tội ngày càng nguy hiểm. Theo số liệu báo cáo của Cục cảnh sát điều tra tội phạm về ma tuý, chỉ trong một năm (từ ngày 16-11-2013 đến 15-11-2014), trên phạm vi cả nước đã có 19.000 vụ án ma túy được phát hiện và điều tra. Đặc điểm chung của các vụ án này là người phạm tội có nhiều phương thức, thủ đoạn tinh vi, xảo quyệt và sẵn sàng chống trả quyết liệt khi bị các lực lượng chức năng phát hiện, bắt giữ. Mặt khác, do ý thức được hành vi nguy hiểm của mình nên người phạm tội thường cấu kết chặt chẽ với các đối tượng tội phạm hình sự, các đối tượng ở nước ngoài để hoạt động, tạo thành các đường dây khép kín, mang tính xuyên quốc gia. Các đối tượng trong đường dây thường có quan hệ họ hàng, thân tộc hoặc có những cam kết nghiêm ngặt về việc không khai đồng bọn khi bị bắt. Điều này gây khó khăn không nhỏ cho các cơ quan chức năng trong việc khai thác, mở rộng điều tra, khám phá vụ án, đồng thời cũng gây là trở ngại cho hoạt động bào chữa của Luật sư.

Để có kỹ năng tham gia tố tụng trong vụ án về ma tuý, Luật sư phải nghiên cứu sâu về những đặc điểm của loại tội phạm này, đặc biệt phải hiểu rõ phương thức, thủ đoạn hoạt động của người phạm tội. Trên cơ sở đó, Luật sư mới có cái nhìn khách quan, toàn diện và đầy đủ khi tham gia bào chữa những vụ án này. Pháp luật hình sự không buộc phải truy nguyên nguồn gốc ma túy, tuy nhiên hiện nay, chỉ một phần nhỏ ma túy được sản xuất ở trong nước, phần lớn được chuyển từ nước ngoài vào bằng nhiều con đường khác nhau như: Đường bộ, đường không, đường sắt, đường thủy hoặc đường bưu điện. Để có được nguồn ma túy, người phạm tội thường câu kết chặt chẽ với các đối tượng tội phạm từ các nước Lào, Trung Quốc, Campuchia. Để hoạt động tội phạm được dễ dàng và an toàn, người phạm tội thường không ngại dùng mọi thủ đoạn móc nối mua chuộc cán bộ thi hành pháp luật, dụ dỗ, lôi kéo Việt kiều và người nước ngoài từ nơi có

nguồn ma túy đến Việt Nam du lịch, thăm thân, hoạt động kinh doanh. Người phạm tội cũng có thể móc nối với lái xe, tiếp viên hàng không, nhân viên đường sắt, đường thủy tàu biển, nhân viên bưu điện, người kinh doanh mua bán trên tuyến có tội phạm ma túy hoạt động, cán bộ công chức nhà nước làm nhiệm vụ kiểm soát biên giới cửa khẩu, sân bay, bến cảng, v.v..

Mặt khác, để tránh bị phát hiện, các đối tượng buôn bán ma túy thường có thủ đoạn cất giấu vô cùng phong phú và đa dạng, ngụy trang tinh vi và rất khó để phát hiện, như: Lợi dụng các ngày lễ, tết, các ngày nghỉ thứ bảy, chủ nhật để vận chuyển và thường giấu ma túy vào cốp xe, lốp xe, bình xăng, đệm ghế ngồi, hộp điện, các khoang trống của xe; hoán cải phương tiện để có thêm các khoang chứa ma túy như: chế bình xăng hai đáy, sàn xe hai lớp; trộn lẫn vào hàng hóa, hộp nước ngọt; giấu trong tụ điện của máy âm ly, máy vi tính, loa đài, v.v.. Thậm chí, ma túy còn được cất giấu trong các bộ phận nhạy cảm của cơ thể người hoặc nuốt vào bụng, giấu trong túi quần, túi áo, gấu quần, gấu áo, v.v.. Để tránh bị phát hiện, người phạm tội còn thuê người già, trẻ em, phụ nữ có thai, người ốm đau, bệnh tật để vận chuyển ma tuý.

Việc tìm hiểu những tính chất, đặc điểm nêu trên có ảnh hưởng lớn đến kỹ năng hành nghề của Luật sư, vì bên cạnh tính chất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng của các vụ án ma túy, quá trình tham gia tố tụng của luật sư thường rất khó khăn, có nhiều rủi ro, phải đối diện với nhiều áp lực từ cuộc đấu tranh phòng, chống tội phạm về ma túy và đòi hỏi của dư luận xã hội về việc trừng trị nghiêm khắc đối với loại tội phạm này.

II. ĐẶC ĐIỂM TÂM LÝ CỦA NGƯỜI PHẠM TỘI MA TÚY

Việc làm rõ đặc điểm tâm lý, nhân thân người phạm tội ma túy không chỉ có ý nghĩa đối với các cơ quan phòng chống tội phạm mà còn có ý nghĩa đặc biệt đối với việc tham gia bào chữa trong vụ án. Nhân thân của người phạm tội được hiểu là tổng hợp những đặc điểm riêng biệt của người phạm tội, là một trong những nhân tố góp phần vào việc giải quyết đúng đắn trách nhiệm hình sự của họ. Đặc điểm nhân thân

người phạm tội thể hiện qua tuổi, nghề nghiệp, thái độ làm việc, trình độ văn hóa, lối sống, hoàn cảnh gia đình và điều kiện kinh tế, thái độ chính trị, ý thức pháp luật, tôn giáo, tiền án, tiền sự, v.v..

Tuy nhân thân người phạm tội không phải là yếu tố cấu thành tội phạm, nhưng đặc điểm về nhân thân của người phạm tội có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định trách nhiệm hình sự của người phạm tội. Để xác định sự thật khách quan của vụ án, Điều 15 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định trong phạm vi thẩm quyền của mình, cơ quan tiến hành tố tụng phải sử dụng các biện pháp hợp pháp để xác minh sự thật của vụ án một cách khách quan, toàn diện và đầy đủ. Những quy định này cho thấy nhân thân người phạm tội nói chung và người phạm tội trong tội phạm về ma tuý nói riêng rất có ý nghĩa trong việc xem xét trách nhiệm hình sự.

Về tâm lý tội phạm, tâm lý tội phạm ma túy nhìn chung có đặc điểm là không phù hợp với yêu cầu và đòi hỏi của xã hội. Có thể nói, đây chính là một trong những nguyên nhân dẫn đến hành vi phạm tội của họ. Do đó, để giáo dục người phạm tội trở thành người lương thiện, loại bỏ ở họ những đặc điểm tâm lý tiêu cực, hình thành, phát triển những phẩm chất mới đáp ứng yêu cầu, đòi hỏi của xã hội, cần áp dụng loại và mức hình phạt thỏa đáng đối với họ. Bởi lẽ, thời gian phạm nhân chấp hành hình phạt, đặc biệt hình phạt tù, là thời gian diễn ra cuộc đấu tranh giữa cái thiện và cái ác, cái tốt và cái xấu, cái chuẩn mực và cái phi chuẩn mực, cái tích cực và cái tiêu cực. Việc hiểu rõ tâm lý người phạm tội ma tuý không chỉ có ý nghĩa quan trong đối với các cơ quan tiến hành tố tụng mà còn có ý nghĩa đối với Luật sư trong quá trình tiếp xúc, trao đổi đối với người phạm tội.

Tội phạm ma tuý hiểu rất rõ sẽ phải đối mặt với hình phạt rất nghiêm khắc, thậm chí là tử hình nếu bị bắt. Do đó, tâm lý chung của họ là rất cẩn trọng. Trong quá trình vận chuyển ma tuý, họ thường xuyên thay đổi phương tiện, đặc điểm nhận dạng để tránh bị lực lượng chức năng phát hiện, bắt giữ, thay đổi thời gian, địa điểm giao nhận hàng, sử dụng ám tín hiệu đã được thỏa thuận từ trước để kiểm tra người nhận hàng,

chọn địa điểm giao nhận hàng là những nơi kín đáo, ít gây sự chú ý của những người chung quanh, những nơi mà ít ai có thể ngờ tới, v.v.. Để việc giao hàng được an toàn và nhanh chóng, các đối tượng thường có động tác kiểm tra hàng mẫu, xem tiền trước, sau đó, hẹn thời gian, địa điểm, thỏa thuận giá cả và số tiền cần đặt trước. Không ít trường hợp việc giao hàng, giao tiền được tiến hành ở hai địa điểm khác nhau, nhận tiền trước ở một nơi và giao hàng ở một nơi khác.

Khi bị phát hiện, bắt giữ, các đối tượng phạm tội về ma tuý thường rất manh động, chống trả quyết liệt, lì lợm hoặc khai báo quanh co, thăm dò sự hiểu biết của cán bộ điều tra, chối tội, đổ tội cho nhau, tìm mọi cách để đối phó với các lực lượng chức năng hoặc khai báo nhỏ giọt, ngoan cố không khai ra tổ chức, đường dây và đồng bọn. Các đối tượng này thường tìm mọi cách để tách ma túy ra khỏi người, phủ nhận số ma túy bị bắt giữ là của mình, thông tin cho đồng bọn hỗ trợ tẩu tán tang vật, chạy trốn. Không ít trường hợp, người phạm tội còn tìm mọi cách để mua chuộc, hối lộ cán bộ, Điều tra viên, Kiểm sát viên nhằm chạy tội, giảm nhẹ tội cho bản thân và đồng bọn.

Do người phạm tội ma túy ý thức được hậu quả của hành vi phạm tội nên luôn có tâm lý chống trả quyết liệt đối với lực lượng thi hành công vụ nhằm tẩu thoát. Nhiều vụ vây bắt tội phạm ma túy thời gian vừa qua đã xảy ra đấu súng giữa lực lượng phòng chống tội phạm ma túy và những đối tượng mua bán, vận chuyển trái phép chất ma tuý, điển hình như vụ án Vũ Ngọc Sơn (Vũ Đình Sơn) hoặc vụ án Vàng A Khua ở tỉnh Hòa Bình.

III. KỸ NĂNG TIẾP XÚC, LÀM VIỆC VỚI CÁC BỊ CAN, BỊ CÁO THỰC HIỆN TỘI PHẠM MA TÚY TRONG TRẠI GIAM

Theo điểm a khoản 1 Điều 73 và Điều 80 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, Luật sư có quyền gặp người bị tạm giữ; gặp bị can, bị cáo đang bị tạm giam. Việc Luật sư tham gia bào chữa, tiếp xúc, làm việc với bị can, bị cáo (đặc biệt là bị can, bị cáo đang bị tạm giam) trong các vụ án hình sự nói chung, vụ án ma túy nói riêng, là hết sức quan trọng

và cần thiết. Khi gặp gỡ bị can, bị cáo, Luật sư cần giới thiệu, làm quen, thiết lập mối quan hệ giao tiếp thoải mái, tạo sự tin tưởng lẫn nhau. Trước hết, Luật sư cần giải thích trách nhiệm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình với khách hàng, qua đó, tạo sự tin tưởng của họ đối với mình. Đối với trường hợp bị can bị khởi tố, truy tố với khung hình phạt cao nhất là tử hình, dẫn đến thái độ bất cần thì Luật sư cần cởi mở trong giao tiếp, khéo léo gợi chuyện, hỏi thăm sức khỏe, hoàn cảnh gia đình, thể hiện sự cảm thông với họ, v.v.. Chỉ khi bị can, bị cáo thật sự tin tưởng vào Luật sư thì họ mới trình bày một cách trung thực về vai trò của họ trong vụ án, giúp ích cho Luật sư khi tham gia bào chữa.

Mặt khác, do thời gian tiếp xúc không dài, để buổi tiếp xúc, làm việc đạt kết quả, Luật sư phải nghiên cứu kỹ toàn bộ tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ liên quan đến việc bào chữa, những nguồn thông tin khác (nếu có) và lên kế hoạch nội dung cụ thể cho buổi làm việc. Luật sư cần quan tâm và dành nhiều thời gian trao đổi, đặt câu hỏi để làm rõ những nội dung còn chưa rõ hoặc có mâu thuẫn về chứng cứ, những tình tiết chứng minh vô tội hoặc tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự.

Khi đã tạo được bầu không khí nói chuyện cởi mở, Luật sư mới nêu những vấn đề đã dự kiến cho buổi làm việc. Câu hỏi Luật sư đưa ra phải ngắn gọn, rõ ràng, dễ hiểu để bị can trả lời đúng trọng tâm. Cần tập trung làm rõ những điểm mấu chốt của vụ án, những tình tiết chứng minh vô tội và những tình tiết còn mâu thuẫn, chưa rõ (nếu có), sau đó, mới hỏi về nhân thân của bị can. Trường hợp bị can trình bày không thoát ý hoặc không lôgic thì Luật sư cần đưa ra câu hỏi mang tính gợi mở để họ có thể trình bày đúng vấn đề, thể hiện được bản chất của vụ án. Để bị can, bị cáo cảm nhận được tôn trọng, Luật sư phải chú ý lắng nghe, đồng thời phân tích và đặt các câu hỏi bổ sung để họ giải thích thêm. Trường hợp bị can, bị cáo cố tình trình bày quanh co, thiếu lôgic, không muốn nói sự thật thì Luật sư cần khuyên răn, khuyến khích và nhấn mạnh lợi ích của sự thành thật trong việc nâng cao khả năng tư vấn và bào chữa có hiệu quả.

IV. THU THẬP, KIỂM TRA, SỬ DỤNG VÀ ĐÁNH GIÁ CHỨNG CỨ TRONG CÁC VỤ ÁN MA TÚY

1. Chứng cứ trong vụ án ma túy

Theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự thì chứng cứ là những gì có thật, được thu thập theo trình tự luật định, có liên quan đến vụ án, được cơ quan điều tra, Viện kiểm sát và Tòa án dùng làm căn cứ để xác định có hay không có hành vi phạm tội, người thực hiện hành vi phạm tội cũng như những tình tiết khác cần thiết cho việc giải quyết đúng người, đúng tội, đúng pháp luật (Điều 86 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015).

Gần như các vụ án hình sự khi xảy ra bao giờ cũng để lại dấu vết, những dấu vết đó được thể hiện dưới các hình thức khác nhau, đặc biệt trong đó dấu vết do tội phạm để lại có ý nghĩa quan trọng nhằm xác định có hay không có hành vi phạm tội. Các cơ quan tiến hành tố tụng căn cứ vào những dấu vết thu thập được để khởi tố vụ án, khởi tố bị can. Những dấu vết đó được gọi là chứng cứ. Chứng cứ trong tố tụng hình sự được xác định bằng: Vật chứng; lời khai của người làm chứng, người bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án, người bị tạm giữ, người bị bắt, bị can, bị cáo; kết luận giám định; biên bản về hoạt động điều tra và các tài liệu, đồ vật khác.

Trong các vụ án ma túy, chứng cứ phải thỏa mãn 3 thuộc tính sau đây:

- *Tính khách quan*: Là những gì có thật và phản ánh trung thực những tình tiết của vụ án.

- *Tính liên quan*: Có mối quan hệ trực tiếp hoặc gián tiếp với vụ án. Tuy nhiên, cho dù là trực tiếp hay gián tiếp thì đều phải là mối quan hệ nội tại, có tính nhân quả, tức là chứng cứ phải là kết quả của một loại hành vi, hành động hoặc một quan hệ nhất định, ngược lại, hành vi, hành động hoặc quan hệ đó là nguyên nhân dẫn đến việc hình thành chứng cứ.

- *Tính hợp pháp*: Tất cả những gì có thật phải được cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Điều tra viên, Kiểm sát viên thu thập và bảo quản theo đúng trình tự do Bộ luật tố tụng hình sự quy định. Như vậy, chỉ những tài liệu, dấu vết, vật chứng được thu thập một cách hợp pháp theo đúng

trình tự mà pháp luật quy định mới được sử dụng như một chứng cứ để buộc tội hoặc gỡ tội cho bị can, bị cáo. Theo đó, dấu vết do những người không phải là Điều tra viên, Kiểm sát viên được phân công điều tra, kiểm sát vụ án hoặc do Điều tra viên, Kiểm sát viên được phân công điều tra, kiểm soát vụ án nhưng được thu thập không tuân theo trình tự quy định của pháp luật thì không được coi là chứng cứ và không được sử dụng để buộc tội bị can, bị cáo. Trên thực tế, việc kiểm tra, đánh giá chứng cứ hợp pháp hay không hợp pháp được thông qua quá trình thẩm vấn công khai tại phiên tòa.

2. Thu thập chứng cứ trong vụ án ma túy

Theo điểm h khoản 1 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, quyền của người bào chữa trong việc thu thập tài liệu, đồ vật, tình tiết liên quan đến việc bào chữa; quyền đưa ra tài liệu, đồ vật, yêu cầu là hết sức quan trọng và cần thiết. Bởi trên thực tế, không phải trong bất cứ vụ án nào các cơ quan tiến hành tố tụng cũng thu thập chứng cứ một cách khách quan, toàn diện và đầy đủ các tình tiết có tội, tình tiết không phạm tội, tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ trách nhiệm hình sự theo quy định tại Điều 15 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Có nhiều trường hợp cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng chỉ quan tâm đến việc thu thập chứng cứ buộc tội mà quên đi việc thu thập chứng cứ không phạm tội hoặc chỉ quan tâm đến tình tiết tăng nặng mà không thu thập tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự của bị can, bị cáo. Điều này đặt ra cho người bào chữa phải có trách nhiệm thu thập chứng cứ phục vụ cho việc bào chữa, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp cho người bị buộc tội. Tuy nhiên, việc thu thập tài liệu, chứng cứ của Luật sư không phải lúc nào cũng được diễn ra một cách thuận lợi và suôn sẻ, nhất là trong các vụ án ma túy. Do đó, Luật sư cần nhận diện, đánh giá bản chất vụ án, vai trò của khách hàng mà mình nhận bào chữa để xác định phạm vi thu thập chứng cứ theo hướng chứng minh sự vô tội hoặc giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, các tình tiết liên quan đến nhân thân người phạm tội.

Mặc dù pháp luật quy định Luật sư có quyền thu thập tài liệu liên quan đến vụ án, tuy nhiên, không phải cơ quan tiến hành tố tụng nào

cũng tạo điều kiện để Luật sư hoàn thành tốt quyền này. Vì vậy, Luật sư cũng cần phải mềm dẻo, linh hoạt trong việc thu thập tài liệu, đồ vật phục vụ cho quá trình bào chữa của mình. Thực tế, trong nhiều vụ án, các bị can, bị cáo đã được đổi tội danh, giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, thoát án tử hình hoặc được tuyên bố không phạm tội nhờ những cố gắng trong thu thập chứng cứ của Luật sư. Ví dụ, trường hợp bị cáo Vũ Hoàng Oanh (chị ruột bị cáo Vũ Hoàng Dung) bị Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh và Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Thành phố Hồ Chí Minh tuyên tử hình đối với hành vi "*mua bán trái phép chất ma túy*". Không bỏ cuộc, Luật sư bào chữa cho bị cáo Oanh đã thu thập được chứng cứ là giấy khai sinh, chứng minh tại thời điểm xảy ra vụ án, bị cáo Vũ Hoàng Oanh đang mang thai, vì thế bị cáo đã được Chủ tịch nước ân giảm xuống chung thân.

3. Kỹ năng kiểm tra, đánh giá và sử dụng chứng cứ trong vụ án ma túy

Theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự, Luật sư có quyền: "*Đọc, ghi chép và sao chụp những tài liệu trong hồ sơ vụ án liên quan đến việc bào chữa sau khi kết thúc điều tra theo quy định của pháp luật*" (điểm l khoản 1 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015) và quyền "*Tham gia hỏi, tranh luận tại phiên tòa*" (điểm m khoản 1 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015).

Đọc hồ sơ vụ án cũng là một trong hoạt động kiểm tra chứng cứ của Luật sư. Trong quá trình đọc hồ sơ, Luật sư sẽ phát hiện ra những mâu thuẫn, bất cập trong lời khai của các bị can, bị cáo và những tài liệu khác do cơ quan tiến hành tố tụng thu thập, tạo thuận lợi cho việc khai thác, làm sáng tỏ sự thật khách quan của vụ án.

Thông qua quá trình đọc hồ sơ, Luật sư ghi chép, sao chụp những tài liệu, chứng cứ giúp ích cho quá trình bào chữa. Luật sư cần sao chụp cả các tài liệu, chứng cứ bất lợi cho bị can, bị cáo để có cơ sở làm việc với bị can, bị cáo nhằm lý giải về những mâu thuẫn, bất lợi đối với họ.

Theo nguyên tắc, Hội đồng xét xử chỉ ra phán quyết cuối cùng dựa trên các tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ vụ án đã được kiểm tra, đánh giá công khai tại phiên tòa, lời trình bày của bị cáo, quan điểm của Luật sư bào chữa. Do đó, trong quá trình đọc, nghiên cứu tài liệu trong hồ sơ vụ án, Luật sư cần hệ thống những tài liệu, chứng cứ chứng minh quan điểm bào chữa của mình là có căn cứ và hợp pháp. Giới hạn chứng minh trong vụ án hình sự là phạm vi các tình tiết, các dấu hiệu cần và đủ để khẳng định một người phạm tội hay không phạm tội. Trên thực tế, giới hạn chứng minh một người phạm tội cụ thể nào đó bao giờ cũng rộng hơn giới hạn chứng minh người đó không phạm tội. Để chứng minh một người phạm tội, cơ quan tiến hành tố tụng phải có trách nhiệm chứng minh hành vi của người đó hội đủ 4 yếu tố cấu thành tội phạm. Trong khi đó, để chứng minh không phạm tội, bị can, bị cáo, người bào chữa chỉ cần chứng minh việc không hội đủ một trong 4 yếu tố cấu thành tội phạm là thành công.

Việc sử dụng chứng cứ làm căn cứ đề xuất với cơ quan điều tra, Viện kiểm sát hoặc Tòa án (nếu có) theo hướng có lợi bị can, bị cáo là trách nhiệm của Luật sư. Có thể nói, quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân chỉ có thể được bảo đảm khi việc gỡ tội luôn song hành với việc buộc tội. Nói cách khác, ở đâu có "buộc tội" thì ở đó có "gỡ tội".

4. Kỹ năng xử lý tình huống thường gặp khi tham gia tố tụng vụ án ma túy

a) Kỹ năng Luật sư trong phần thủ tục phiên tòa:

Thực tế cho thấy, hầu hết những vụ án ma túy lớn được phát hiện, điều tra làm rõ đều là những vụ án "truy xét". Vì vậy, việc có mặt những người làm chứng để làm sáng tỏ các tình tiết của vụ án theo quy định tại Điều 293 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 là rất cần thiết. Trường hợp người làm chứng về những nội dung quan trọng liên quan đến việc giải quyết vụ án vắng mặt, Luật sư nên đề nghị với Hội đồng xét xử hoãn phiên tòa để triệu tập người làm chứng. Trong trường hợp người làm chứng có dấu hiệu cố tình không có mặt tại phiên tòa thì Luật sư bào chữa cho bị cáo phải yêu cầu Hội đồng xét xử dẫn giải người đó đến phiên tòa.

Việc giám định trọng lượng, hàm lượng chất ma túy là rất cần thiết cho việc giải quyết đúng đắn vụ án. Nhìn chung, việc giám định được tiến hành một cách khách quan và khoa học. Tuy nhiên, thực tế cũng đã từng xảy ra việc biên bản thu giữ tang vật là "chất màu đen" nhưng lại kết luận là "chất màu trắng" hoặc lấy tỷ lệ hàm lượng ma túy của vụ án của nhiều năm trước để dùng làm căn cứ buộc tội. Vì vậy, tùy từng vụ án cụ thể mà Luật sư có thể đề nghị Hội đồng xét xử triệu tập người giám định tham gia phiên tòa theo quy định tại Điều 193 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 (Điều 294 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015).

b) Kỹ năng xét hỏi tại phiên toà:

Quá trình xét hỏi là quá trình làm rõ tính khách quan, tính liên quan và tính hợp pháp của các tài liệu, chứng cứ đã được thu thập trong các giai đoạn trước đó. Thậm chí, khi nghị án nếu phát hiện có tài liệu quan trọng liên quan đến việc giải quyết vụ án chưa được làm rõ, thì Hội đồng xét xử sẽ quyết định quay lại phần thẩm vấn. Điều này cho thấy, việc xét hỏi tại phiên tòa có ý nghĩa rất quan trọng liên quan đến giải quyết đúng đắn vụ án. Khác với xét hỏi trong quá trình điều tra, việc xét hỏi tại phiên tòa là cuộc điều tra công khai, khách quan, toàn diện và đầy đủ. Theo quy định của pháp luật, Luật sư hỏi sau khi Hội đồng xét xử và Viện kiểm sát hỏi. Vì vậy, bên cạnh những câu hỏi đã được chuẩn bị trong quá trình nghiên cứu hồ sơ vụ án, Luật sư cần chú tâm theo dõi diễn biến tại phiên tòa, nắm bắt kịp thời những tình tiết có lợi cho bị cáo để đặt câu hỏi cho phù hợp. Câu hỏi của Luật sư cần ngắn ngọn, rõ ràng, dễ hiểu, dễ trả lời và không trùng với các câu hỏi của Hội đồng xét xử và đại diện Viện kiểm sát.

c) Kỹ năng trình bày quan điểm bào chữa:

Theo tinh thần cải cách tư pháp, Tòa án chỉ ra bản án dựa trên kết quả tranh trụng tại phiên tòa. Vì vậy, việc chuẩn bị tốt quan điểm bào chữa để tranh luận tại phiên tòa rất quan trọng đối với mỗi Luật sư khi tham gia tố tụng. Trên sơ sở tranh luận giữa bên buộc tội và bên gỡ tội, Hội đồng xét xử xem xét làm rõ sự thật khách quan, giải quyết vụ án. Để việc bào chữa đi đúng trọng tâm những vấn đề cần bảo vệ, Luật sư

cần chuẩn bị kỹ đề cương bào chữa. Việc chuẩn bị kỹ bản đề cương, quan điểm bào chữa sẽ giúp tránh được việc bỏ sót nội dung, đặc biệt là những nội dung quan trọng. Đề cương bào chữa phải được bổ sung, hoàn thiện đối với những vấn đề phát sinh trong quá trình xét hỏi và khi Viện kiểm sát luận tội. Tuy nhiên, Luật sư cũng không nên quá lệ thuộc vào bản đề cương viết sẵn, vì sẽ làm mất tính chủ động, sáng tạo, thuyết phục trong việc trình bày quan điểm bào chữa. Việc trình bày hay đọc toàn văn bản quan điểm bào chữa là quyền của Luật sư, nhưng nếu Luật sư chỉ chăm chú vào bản luận cứ bào chữa viết sẵn để đọc nguyên văn từ đầu đến cuối thì sẽ kém hiệu quả và giảm tính thuyết phục, thậm chí là phản tác dụng. Bởi có rất nhiều vụ án, đặc biệt là các vụ án về ma túy, sau quá trình xét hỏi, đại diện Viện kiểm sát đã rút một phần quyết định truy tố, nếu Luật sư không kịp thời thay đổi nội dung bào chữa sẽ vô tình trở thành "*người buộc tội*" đối với bị cáo.

d) Kỹ năng đối đáp tại phiên tòa:

Điều 322 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định về quyền đối đáp của các bên tại phiên tòa, cho phép các bên thực hiện quyền đối đáp về các vấn đề của vụ án nhằm làm sáng tỏ vụ án. Do tính chất đặc thù của việc đối đáp là phải trả lời ngay những vấn đề mà mình không đồng ý trong bối cảnh không có nhiều thời gian suy nghĩ cũng như chuẩn bị trước, nên nếu muốn việc đối đáp được sắc bén, kịp thời và chính xác, Luật sư phải tập trung lắng nghe ý kiến của đại diện Viện kiểm sát, ghi nhanh, đánh dấu những nội dung cần thiết phải đối đáp để có phương án đáp lại tốt nhất. Khi đối đáp, Luật sư nên trình bày ngắn gọn, đi thẳng vào vấn đề cần phản biện hoặc phản bác. Luật sư cần sử dụng hợp lý, đúng lúc các chứng cứ đã chuẩn bị trước hoặc những nội dung, những mâu thuẫn mà Luật sư đã ghi nhận được trong quá trình xét hỏi tại phiên tòa. Thực tế đã có không ít vụ án mà việc đối đáp diễn ra rất căng thẳng, vì vậy, để việc đối đáp hiệu quả và văn hóa, Luật sư cần bình tĩnh, tôn trọng sự điều khiển của Chủ tọa phiên tòa, tôn trọng người tiến hành tố tụng và người tham gia tố tụng khác; không lợi dụng quyền tranh luận để

đả kích, xúc phạm hoặc "cãi nhau" tay đôi với người tham gia tranh luận. Cũng giống với phần trình bày lời bào chữa, Luật sư cần chủ động kiểm soát trạng thái, ngữ điệu cùng với việc biểu lộ bằng ánh mắt, nét mặt, cử chỉ để thuyết phục Hội đồng xét xử, Kiểm sát viên và những người tham gia tố tụng khác.

Trong quá trình tham gia tố tụng, Luật sư sẽ phải giải quyết rất nhiều tình huống phát sinh, chẳng hạn như bị cáo nhất quyết không nhận tội, trong khi hồ sơ vụ án có đủ căn cứ xác định bị cáo có tội. Tình huống này không phải là hiếm gặp đối với Luật sư khi tham gia bào chữa, đặc biệt là tham gia bào chữa vụ án ma túy. Việc bị cáo cương quyết không nhận tội có thể xảy ra ở tất cả các giai đoạn tố tụng, trong đó có việc không nhận tội tại phiên tòa, bởi một trong các nguyên nhân sau đây:

Thứ nhất, do trình độ hoặc nhận thức hạn chế;

Thứ hai, do ý thức được tính chất nghiêm trọng của hành vi phạm tội và nghĩ rằng nếu nhận tội sẽ đồng nghĩa với việc chịu hình phạt nghiêm khắc;

Thứ ba, bị can có thể không nhận tội ở giai đoạn điều tra, truy tố hoặc chỉ khi ra tòa, bị cáo mới cương quyết không nhận tội.

Thông thường, sau khi thực hiện quyền đọc, ghi chép, sao chụp tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ vụ án liên quan đến việc bào chữa và thấy rằng có đủ căn cứ xác định bị can, bị cáo phạm tội hay không phạm tội, Luật sư cũng cần tiếp xúc với bị can, bị cáo để trao đổi, làm rõ những tài liệu, chứng cứ đó. Nếu đã cố gắng phân tích, thuyết phục, đưa ra ý kiến tư vấn theo đúng pháp luật, phù hợp với đạo đức mà bị can, bị cáo vẫn cương quyết không nhận tội, Luật sư có quyền từ chối tiếp tục thực hiện công việc bào chữa (Quy tắc 9.2.2 Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam). Tương tự tại phiên tòa, trước tình huống này, Luật sư cần đề nghị Hội đồng xét xử tạo điều kiện cho mình có một khoảng thời gian để phân tích cho bị cáo hiểu quyền và nghĩa vụ Luật sư liên quan đến việc bị cáo không nhận tội để bị cáo có đủ thời gian chuẩn bị tâm thế tự bào chữa, bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho mình.

Chương 4
KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG VỤ ÁN THAM NHŨNG

I. NHẬN DIỆN ĐẶC ĐIỂM VÀ CÁC DẤU HIỆU ĐẶC TRƯNG CỦA CÁC TỘI PHẠM VỀ THAM NHŨNG

1. Khái niệm về tham nhũng

Tham nhũng là một hiện tượng xã hội, thuộc phạm trù lịch sử, gắn liền với sự ra đời và phát triển của nhà nước, không phân biệt chế độ chính trị, kinh tế, xã hội. Tuy nhiên, tính chất, mức độ tham nhũng ở mỗi quốc gia là khác nhau, tùy thuộc vào tình hình kinh tế, xã hội, chính sách, pháp luật và các biện pháp phòng, chống tham nhũng.

Ở Việt Nam, kể từ khi Cách mạng Tháng Tám thành công, lập nên Nhà nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa, bên cạnh nhiều thành quả đạt được trong quá trình xây dựng và bảo vệ đất nước, cũng đã phát sinh tệ quan liêu, tham nhũng trong bộ máy nhà nước. Trong từng thời kỳ, Đảng và Nhà nước ta đã đề ra nhiều chủ trương, biện pháp và tạo lập khung pháp luật nhằm phòng, chống tệ quan liêu, tham nhũng đối với cán bộ, công nhân viên chức.

Có nhiều cách định nghĩa khác nhau về tham nhũng. Theo *Từ điển tiếng Việt*[1]: Tham nhũng là lợi dụng quyền hành để nhũng nhiễu dân và lấy của. Theo định nghĩa của Ngân hàng thế giới (WB) và Tổ chức hợp tác và phát triển kinh tế (OECD), thì tham nhũng là sự lạm dụng chức vụ, vai trò hoặc nguồn lực công để trục lợi cá nhân. Theo Tổ chức

---

1. Viện ngôn ngữ học, *Từ điển tiếng Việt,* Nxb. Đà Nẵng, 2004

Minh bạch Quốc tế (TI) - một tổ chức phi chính phủ đi đầu trong nỗ lực chống tham nhũng toàn cầu - thì tham nhũng bao gồm hành vi của công chức trong khu vực công, bất kể là chính trị gia hay công chức dân sự, làm giàu một cách không chính đáng hay bất hợp pháp cho bản thân hay cho người thân của mình bằng cách lạm dụng quyền lực công. Trong khi đó, theo Ngân hàng phát triển châu Á (ADB) thì tham nhũng là lạm dụng chức vụ công hoặc tư để tư lợi[1].

Theo khoản 2 Điều 1 Luật phòng chống tham nhũng năm 2005 sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2012 (Sau đây gọi tắt là Luật phòng chống tham nhũng), tham nhũng là hành vi của người có chức vụ, quyền hạn đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn để vụ lợi. Có nhiều định nghĩa khác về tham nhũng, nhưng khi nói đến tham nhũng thường thấy có đặc điểm chung là: Đều do người có chức vụ, quyền hạn thực hiện và lợi dụng chức vụ, quyền hạn đó để trục lợi.

Bộ luật hình sự không nêu khái niệm thế nào là tội phạm về tham nhũng mà chỉ nêu khái niệm tội phạm về chức vụ, trong đó bao gồm tội phạm về tham nhũng. Từ các khái niệm về "tham nhũng" như đã phân tích ở trên, có thể định nghĩa về tội phạm tham nhũng như sau:

Tội phạm về tham nhũng là hành vi nguy hiểm cho xã hội được quy định trong Bộ luật hình sự do người có chức vụ, quyền hạn vì động cơ vụ lợi đã cố ý thực hiện hành vi xâm phạm đến tài sản, uy tín của cơ quan, tổ chức; xâm phạm đến tài sản, quyền và lợi ích hợp pháp của công dân.

Cũng như các tội phạm khác, các tội phạm về tham nhũng tuy có tên gọi khác nhau như tham ô tài sản; nhận hối lộ; lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản; lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ; lạm quyền trong khi thi hành công vụ, lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi và giả mạo trong công tác nhưng đều có những đặc điểm chung là do người có chức vụ, quyền hạn thực hiện và đều xâm phạm đến uy tín của cơ quan, tổ chức.

1. S.Chiavo Campo: *Phục vụ và duy trì: Cải thiện hành chính công trong thế giới cạnh tranh*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2003, tr. 682.

2. Đặc điểm của các tội phạm về tham nhũng

a) Đặc điểm về chủ thể:

Luật sư khi tiếp cận với yêu cầu nhờ bào chữa liên quan đến các tội phạm về tham nhũng, cần nhận diện về chủ thể. Người phạm tội tham nhũng phải là người có chức vụ, quyền hạn. Người có chức vụ, quyền hạn là người do bổ nhiệm, do bầu cử, do hợp đồng hoặc do một hình thức khác, có hưởng lương hoặc không hưởng lương, được giao thực hiện một hoặc một số công vụ, nhiệm vụ nhất định và có quyền hạn nhất định trong khi thực hiện công vụ, nhiệm vụ, bao gồm:

- Cán bộ, công chức, viên chức;

- Sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân quốc phòng trong cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân; sĩ quan, hạ sĩ quan nghiệp vụ, sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên môn - kỹ thuật trong cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân;

- Cán bộ lãnh đạo, quản lý trong doanh nghiệp của Nhà nước; cán bộ lãnh đạo, quản lý là người đại diện phần vốn góp của Nhà nước tại doanh nghiệp;

- Người được giao thực hiện nhiệm vụ, công vụ có quyền hạn trong khi thực hiện nhiệm vụ, công vụ đó.

- Những người giữ các chức vụ trong các cơ quan Đảng, Đoàn thể quần chúng (Thanh niên, Phụ nữ, Công đoàn, Mặt trận, v.v.) hưởng lương theo ngân sách của Nhà nước nhưng không phải là công chức, cũng là chủ thể của các tội phạm về tham nhũng.

Một điểm mới cần lưu ý đó là, theo quy định của Bộ luật hình sự năm 2015, người có chức vụ, quyền hạn trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước cũng là chủ thể của tội phạm đối với tội tham ô tài sản và tội nhận hối lộ. Tuy nhiên, trong một vụ án có đồng phạm thì người trực tiếp thực hiện tội phạm (người thực hành) nhất thiết phải là người có chức vụ, quyền hạn còn những người khác có thể không phải là người có chức vụ, quyền hạn; họ có thể là người tổ chức, người xúi dục hoặc người giúp sức.

b) Đặc điểm về tính chất, hành vi, mức độ và hậu quả vụ án:

Tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của các tội phạm về tham nhũng được coi là ngày càng nghiêm trọng ở nhiều lĩnh vực của đời sống xã hội, nhưng tập trung vẫn là trong các lĩnh vực quản lý nhà đất, xây dựng cơ bản, đầu tư, xuất nhập khẩu, ngân hàng, đề bạt, bổ nhiệm cán bộ, trong các giai đoạn tố tụng, v.v.. Tham nhũng không chỉ xảy ra trong các lĩnh vực quản lý kinh tế mà còn xảy ra trong lĩnh vực quản lý hành chính, trong các cơ quan công quyền, trong các cơ quan xử lý tham nhũng như thanh tra, điều tra, truy tố, xét xử.

Hậu quả do tham nhũng gây ra không chỉ là thiệt hại về vật chất, mà còn làm giảm sút lòng tin của nhân dân đối với Đảng và chế độ, là một trong những nguy cơ lớn đe dọa sự tồn vong của Đảng và chế độ ta. Do đó, khi lập luận bào chữa, Luật sư cần quan tâm đến việc làm rõ các chỉ số chứng minh mức độ "giảm sút lòng tin" được thể hiện như thế nào. Một đặc điểm thường thấy đối với các tội phạm về tham nhũng là được thực hiện dưới hình thức đồng phạm, với phạm vi rộng, có tổ chức chặt chẽ, thường đi liền với các vụ án kinh tế lớn. Trong một số trường hợp, do áp lực của dư luận, nhiều vụ án kinh tế như cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng, mặc dù cơ quan điều tra chưa chứng minh được các hành vi phạm tội tham nhũng, nhưng vẫn được định danh là các vụ án tham nhũng. Do đó, Luật sư cần lưu ý thực tế cách gọi "vụ án kinh tế, tham nhũng" đã được sử dụng trên các phương tiện thông tin đại chúng như là một cụm từ kép, từ đó, làm rõ để không bị áp lực trong tiến trình điều tra, truy tố, xét xử.

Cần chú ý, Bộ luật hình sự năm 2015 chỉ quy định *7 tội phạm* là tội phạm về tham nhũng, bao gồm: Tội tham ô tài sản; tội nhận hối lộ; tội lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản; tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ; tội lạm quyền trong khi thi hành công vụ; tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi và tội giả mạo trong công tác.

Tuy nhiên, Luật phòng, chống tham nhũng lại quy định *12 hành vi tham nhũng* bao gồm: Tham ô tài sản; Nhận hối lộ; Lạm dụng chức vụ,

quyền hạn chiếm đoạt tài sản; Lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ vì vụ lợi; Lạm quyền trong khi thi hành công vụ vì vụ lợi; Lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi; Giả mạo trong công tác để vụ lợi; Đưa hối lộ, môi giới hối lộ được thực hiện bởi người có chức vụ, quyền hạn để giải quyết công việc của cơ quan, tổ chức, đơn vị hoặc địa phương vì vụ lợi; Lợi dụng chức vụ, quyền hạn sử dụng trái phép tài sản của Nhà nước vì vụ lợi; Nhũng nhiễu vì vụ lợi; Không thực hiện nhiệm vụ, công vụ vì vụ lợi; Lợi dụng chức vụ, quyền hạn để bao che cho người có hành vi vi phạm pháp luật vì vụ lợi; cản trở, can thiệp trái pháp luật vào việc kiểm tra, thanh tra, kiểm toán, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án vì vụ lợi.

Như vậy, giữa Bộ luật hình sự với Luật phòng, chống tham nhũng chưa có sự thống nhất. Nhiều ý kiến cho rằng, việc Bộ luật hình sự không quy định hết các hành vi tham nhũng (như được liệt kê tại Luật phòng, chống tham nhũng) là tội phạm là chưa đầy đủ, cần bổ sung.

Về hình phạt, hình phạt đối với các tội phạm về tham nhũng nhìn chung là nghiêm khắc. Cùng một hành vi phạm tội nhưng nếu không thuộc các tội phạm về tham nhũng thì khung hình phạt bao giờ cũng nhẹ hơn khung hình phạt đối với loại tội phạm này.

Đối với hình phạt bổ sung, nếu là các tội phạm khác thì tùy trường hợp có hoặc không có quy định hình phạt bổ sung và nếu có quy định thì nói chung là quy định thuộc diện "có thể bị" áp dụng. Còn đối với các tội phạm về tham nhũng, tất cả 7 tội danh đều có quy định hình phạt bổ sung và nếu hình phạt đó là hình phạt "cấm đảm nhiệm chức vụ nhất định" thì đều quy định trực tiếp là "còn bị cấm".

Từ thực tiễn xét xử các vụ án hình sự lớn những năm vừa qua, có thể rút ra một số nhận định sau:

- Án tham nhũng xảy ra thường có các nguyên nhân sơ hở về pháp luật, buông lỏng về quản lý, kiểm tra giám sát, sự yếu kém về năng lực, trình độ và phẩm chất của người có chức vụ, quyền hạn được giao

trách nhiệm quản lý tài sản; thường gắn với các hành vi vi phạm khác như cố ý làm trái, buôn lậu, v.v..

- Việc điều tra truy tố và xét xử các vụ án tham nhũng thường kéo dài, gặp nhiều khó khăn trong việc chứng minh tội phạm, do đó Luật sư cần dự liệu, thông báo với khách hàng về những trở ngại có thể gặp phải trong quá trình tham gia tố tụng.

- Án tham nhũng chủ yếu do người có chức vụ quyền hạn, có nhiệm vụ quản lý tài sản thực hiện, nên việc xử lý liên quan đến nhiều cấp, nhiều ngành. Đây cũng có thể coi là dạng khách hàng tương đối đặc thù của văn phòng Luật sư.

II. TIẾP NHẬN YÊU CẦU VÀ THAM GIA TỐ TỤNG BÀO CHỮA, BẢO VỆ QUYỀN LỢI CHO KHÁCH HÀNG TRONG CÁC VỤ ÁN THAM NHŨNG

1. Tiếp nhận yêu cầu của khách hàng và tham gia tố tụng trong các vụ án tham nhũng

Do tính chất, đặc điểm của các vụ án tham nhũng là thường tạo ra những áp lực nhất định cho khách hàng, điều này đã tác động đến nhận thức, trách nhiệm của Luật sư khi tiếp nhận yêu cầu và tham gia tố tụng. Khó khăn chủ yếu khi tiếp xúc khách hàng ban đầu là làm sao chia sẻ những vấn đề phát sinh trong thực tế với yêu cầu rất cao của khách hàng đối với Luật sư. Vì vậy, Luật sư cần lưu ý những điểm sau:

- Cần trao đổi thẳng thắn với khách hàng về tính chất, mức độ và sự quan tâm của dư luận về vụ án, không nên hứa hẹn về khả năng giải quyết hoặc cam kết về kết quả vụ án.

- Do thời hạn điều tra các vụ án tham nhũng thường kéo dài, cần dự liệu những bước đi, giải pháp khi Luật sư tham gia tố tụng, những khó khăn và tình huống có thể gặp phải, những việc Luật sư có thể giúp cho thân nhân của bị can, bị cáo, v.v..

- Nắm bắt thêm thông tin từ khách hàng, nguyên nhân, bối cảnh xảy ra vụ án, hoàn cảnh hiện nay, từ đó thỏa thuận minh bạch về hợp đồng dịch vụ pháp lý và thù lao Luật sư một cách hợp lý.

- Tiến hành thủ tục đăng ký và tham gia tố tụng với cơ quan tiến hành tố tụng có thẩm quyền, liên hệ trực tiếp với người tiến hành tố tụng, xác lập cách thức làm việc. Cần chú ý phân biệt đầu mối, ký hiệu của các bộ phận liên quan. Ví dụ, Liên quan các tội phạm kinh tế hoặc tham nhũng, đầu mối cơ quan điều tra có thể là Cơ quan Cảnh sát điều tra Bộ Công an (C46), Cơ quan An ninh điều tra Bộ Công an (A92). Riêng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, phân biệt Vụ 3 là Vụ thực hành công tố và xét xử tội về kinh tế; Vụ 5 là Vụ thực hành công tố và xét xử về tội tham nhũng, v.v..

- Tham gia các buổi hỏi cung, đối chất và một số hoạt động tố tụng khác như thực nghiệm điều tra, khám nghiệm hiện trường, có ý kiến về kết quả giám định tài chính - kế toán; đưa ra các đề xuất, kiến nghị trong quá trình tham gia tố tụng.

2. Thu thập, tiếp cận và nghiên cứu các nguồn tài liệu, chứng cứ

Sau khi tiếp xúc với khách hàng, tiến hành các thủ tục Luật sư và liên hệ các cơ quan tiến hành tố tụng, một trong những nhiệm vụ hết sức quan trọng của Luật sư là phải thiết lập kế hoạch, phạm vi nghiên cứu hồ sơ. Lộ trình tiếp cận với hồ sơ vụ án tham nhũng hoàn toàn không đơn giản, Luật sư sẽ gặp nhiều khó khăn do tính chất đặc biệt nghiêm trọng trong một số vụ án tham nhũng lớn. Vì thế, trước khi được tiếp xúc với hồ sơ vụ án, Luật sư cần có kế hoạch thu thập và tiếp cận các nguồn tài liệu, chứng cứ liên quan:

- Cần thu thập các tài liệu về pháp nhân mà bị can, bị cáo làm Giám đốc hoặc có trách nhiệm quản lý thông qua việc tìm, thu thập các tài liệu này từ phía gia đình, thân nhân, bạn bè của bị can, bị cáo, từ sự giúp đỡ của chính doanh nghiệp; các quyết định bổ nhiệm, phân công công việc; điều lệ, nội quy, quy chế hoạt động của doanh nghiệp, v.v.;

- Liên quan tới việc quản lý tài sản hoặc lĩnh vực hoạt động mà bị can, bị cáo là người chịu trách nhiệm, cần thu thập các văn bản pháp quy điều chỉnh phạm vi của các quan hệ nói trên. Nguồn văn bản này là từ các tập hệ thống hóa các văn bản pháp luật chuyên ngành, các website

dữ liệu văn bản pháp quy chính thức của Quốc hội, Văn phòng Chính phủ, Bộ Tư pháp, v.v..

- Cần thu thập các chứng từ, tài liệu liên quan đến nội dung, tính chất vụ việc tham nhũng mà bị can, bị cáo bị quy kết, cụ thể như các hợp đồng, chứng từ thanh toán, thu chi, các biên bản thanh lý, quyết toán, các tài liệu giao dịch, trao đổi qua lại, v.v..

- Thu thập các tài liệu về nhân thân, quá trình công tác, thành tích cá nhân, khen thưởng của Nhà nước và các cơ quan có thẩm quyền.

Khi được Viện kiểm sát, Tòa án chấp thuận cho phép được tiếp xúc, nghiên cứu hồ sơ vụ án, với những nhận định ban đầu được hình thành từ việc tham khảo các nguồn tài liệu trên, Luật sư cần tập trung vào những vấn đề cơ bản trong hồ sơ vụ án tham nhũng, bao gồm và không giới hạn:

- Xem xét toàn diện về mặt tố tụng, cơ quan tiến hành tố tụng đã bảo đảm việc khởi tố, bắt tạm giam, tiến hành điều tra theo đúng pháp luật và trình tự tố tụng hay không. Đặc biệt, trong một số vụ án tham nhũng liên quan đến các tội "tham ô tài sản", "nhận hối lộ", v.v. mà khung hình phạt cao nhất có thể lên đến mức tử hình, cần kiểm tra thủ tục chỉ định Luật sư bắt buộc cũng như việc Điều tra viên phải giải thích quyền và nghĩa vụ của bị can, quyền tự bào chữa và nhờ Luật sư bào chữa, được ghi nhận, lập thành biên bản theo quy định tại Thông tư số 70/2011/TT-BCA ngày 10-10-2011 của Bộ trưởng Bộ Công an, v.v..

- Trong trường hợp hành vi của bị can có dấu hiệu tội phạm, khi nghiên cứu hồ sơ, Luật sư cần quan tâm tới hậu quả thiệt hại về tài sản (bị chiếm đoạt) là tình tiết định khung hình phạt, cơ sở xác định mức độ thiệt hại về tài sản và các tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ. Trong quá trình nghiên cứu hồ sơ, Luật sư cần xem xét kỹ thủ tục trưng cầu, tư cách giám định viên, căn cứ, phương pháp và nội dung kết luận giám định về tài chính - kế toán, kết quả định giá tài sản để có ý kiến đánh giá nhằm bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho khách hàng.

- Khi nghiên cứu hồ sơ vụ án tham nhũng, cần đặc biệt quan tâm đến các chứng cứ chứng minh có hay không có hành vi phạm tội của bị can, bị cáo, tìm ra sự phù hợp hoặc mâu thuẫn giữa các lời khai, ghi chép, đánh dấu bút lục những lời khai quan trọng để làm cơ sở xây dựng kế hoạch thẩm vấn và tranh tụng sau này.

- Chú ý đến phương pháp nghiên cứu hồ sơ vụ án. Các Luật sư mới bước vào nghề thường có tâm lý "tham lam" muốn đọc, nghiên cứu hết tất cả các tài liệu có trong hồ sơ, trong khi một số cơ quan tiến hành tố tụng thường lại chỉ cho sao chụp những tài liệu liên quan đến khách hàng mà Luật sư nhận bào chữa. Do đó, trước khi sao chụp, nghiên cứu hồ sơ, nên xác định phạm vi nghiên cứu rõ ràng. Bất cứ việc ghi chép một tài liệu nào trong hồ sơ cũng phải thể hiện được các yếu tố: Xuất xứ tài liệu, số, ngày, tháng, trích yếu nội dung, người ký và số bút lục.

Kinh nghiệm nghiên cứu hồ sơ một vụ án tham nhũng lớn cho thấy, cơ quan điều tra thường chia hồ sơ thành các nhóm khác nhau, mỗi nhóm lại có tập hồ sơ riêng và có ký hiệu, bút lục riêng. Vì thế, khi ghi bút lục, cần ghi rõ bút lục của tập hồ sơ thứ mấy hoặc của nhóm nào. Việc ghi chép có hai cách: Ghi chép nguyên văn nội dung, đóng dấu ngoặc kép ("...") hoặc ghi tóm lược. Dù theo cách nào thì những nội dung, đoạn lời khai quan trọng cũng phải được đánh dấu, khi thể hiện trong văn bản kiến nghị của Luật sư cần in đậm nhấn mạnh.

Trong quá trình thu thập, tìm hiểu và luận chứng về các chứng cứ, tài liệu, Luật sư phải tập trung, bao quát được toàn bộ hồ sơ, nhưng cần bám vào điểm mấu chốt để làm rõ có hay không hành vi phạm tội. Ngoài ra, Luật sư cần làm việc, trao đổi trực tiếp với bị can trong trại tạm giam hoặc bị can tại ngoại, đối chiếu với thực trạng hồ sơ và kết quả trao đổi để định hướng được cách giải quyết, xử lý hồ sơ, đưa ra định hướng giải quyết và đề xuất những kiến nghị pháp lý cần thiết trong giai đoạn này trước khi Viện kiểm sát ra bản cáo trạng.

3. Một số điểm lưu ý khi tham gia tranh tụng tại phiên tòa

Bên cạnh kỹ năng chung khi tham gia tranh tụng tại phiên tòa đã nêu ở Chương 2, trong các vụ án về tham nhũng, Luật sư cần tập trung về

những đặc điểm riêng, tính chất phức tạp, khó khăn trong quá trình đánh giá chứng cứ và áp lực của cuộc đấu tranh phòng, chống tham nhũng. Để làm tốt trách nhiệm của người bào chữa, Luật sư cần chú ý thực hiện những việc sau đây:

- Cần sắp xếp, bố trí để được làm việc với bị cáo đang bị tạm giam để thống nhất định hướng bào chữa, bảo vệ quyền lợi tại phiên tòa, dự kiến các câu hỏi và tình huống đặt ra, chuẩn bị những nội dung chính trong lời cuối cùng, trình bày thẳng thắn về các yếu tố bất lợi, khả năng chịu mức án nghiêm khắc từ tội danh tham nhũng để bị can, bị cáo có sự chuẩn bị trước về tâm lý, tránh bị bất ngờ.

- Ngoài việc xây dựng kế hoạch thẩm vấn, Luật sư cần chuẩn bị trước các luận cứ bào chữa để có thể cập nhật trong quá trình diễn ra phiên tòa. Trong phần thủ tục, do đặc điểm của các tội danh về tham nhũng, Luật sư cần rà soát những người được Tòa án triệu tập tại phiên tòa, cần thiết đề nghị sự có mặt bắt buộc của Giám định viên, đại diện Hội đồng định giá tài sản, xem xét lại tư cách nguyên đơn dân sự, người bị hại có đúng với quy định của Bộ luật tố tụng hình sự hay không. Ngoài ra, cần đề xuất triệu tập các nhân chứng, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan, xem xét tình trạng sức khỏe của bị cáo để có kiến nghị kịp thời.

- Trong một số vụ án phức tạp, Luật sư cần mạnh dạn đưa ra các kiến nghị cần thiết để các cơ quan tiến hành tố tụng có thời gian đánh giá, xem xét.

- Hiện nay, xuất hiện một số vụ án tham nhũng liên quan đến các dự án ODA hoặc có sự tham gia đưa hối lộ của cá nhân người nước ngoài, nên Luật sư cần nghiên cứu kỹ các thủ tục về ủy thác tư pháp, đánh giá chứng cứ lời khai của bên nước ngoài, kiểm tra độ tin cậy, hợp lệ, chính xác của các bản dịch từ tài liệu tiếng nước ngoài, v.v..

- Trong quá trình tham gia phần xét hỏi và tranh tụng tại phiên tòa, nên chú ý lắng nghe phần xét hỏi của Hội đồng xét xử và đại diện Viện kiểm sát để tránh lặp lại. Nếu có nhiều Luật sư cùng tham gia bào chữa

cho một khách hàng thì nên có sự phân công rõ ràng, thứ tự trình bày, bảo đảm nội dung không trùng lặp, chuẩn bị các phương án cụ thể cho việc đối đáp. Cần chú ý văn hóa tranh tụng, thể hiện thái độ tôn trọng đối với những người tiến hành tố tụng và tham gia tố tụng.

4. Những điểm cần lưu ý khi tham gia bào chữa các tội tham ô tài sản và nhận hối lộ theo tinh thần mới của Bộ luật hình sự năm 2015

Trong nhóm các tội danh về tham nhũng có bao gồm các tội như: Tham ô tài sản; nhận hối lộ; lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản; lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ; lạm quyền trong khi thi hành công vụ; lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi; giả mạo trong công tác, v.v.. Tuy nhiên, những vấn đề vướng mắc liên quan đến tội tham ô tài sản, nhận hối lộ, cần được Luật sư quan tâm nhiều hơn khi tham gia bào chữa trong các vụ án tham nhũng.

a) Về tội tham ô tài sản:

Khi tham gia bào chữa cho khách hàng bị cáo buộc với tội danh tham ô tài sản, Luật sư cần nhận thức đây là hành vi của người có trách nhiệm quản lý lợi dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản, nên phải bám sát các yếu tố cấu thành tội phạm, bao gồm:

- Các dấu hiệu thuộc về chủ thể của tội phạm:

Đây là dấu hiệu quan trọng nhất để xác định hành vi chiếm đoạt tài sản có phải là hành vi phạm tội tham ô hay chỉ là hành vi phạm tội khác. Do đó, khi tiếp cận hồ sơ hay trao đổi với khách hàng, Luật sư cần lưu ý đến các dấu hiệu theo quy định của pháp luật để xác định việc cơ quan tiến hành tố tụng có xác định đúng tư cách chủ thể của tội phạm này hay không.

Do Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 chỉ quy định người phạm tội tham ô phải là người có chức vụ, quyền hạn và có trách nhiệm quản lý đối với tài sản mà họ chiếm đoạt, nên người có chức vụ, quyền hạn trong các doanh nghiệp, tổ chức "ngoài Nhà nước" cũng có thể là

chủ thể của tội tham ô tài sản. Đây là dấu hiệu rất quan trọng, điểm mới của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, chấm dứt tình trạng tranh cãi về tư cách chủ thể của tội tham ô tài sản. Tuy nhiên, quy định này chỉ phù hợp với các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước là những doanh nghiệp, tổ chức cổ phần, còn đối với doanh nghiệp tư nhân thì rất khó để có thể truy cứu trách nhiệm hình sự vì không ai lại tham ô tài sản của chính mình cả.

Mặt khác, người có chức vụ, quyền hạn, phải là người có trách nhiệm quản lý tài sản, nếu họ không có trách nhiệm quản lý tài sản thì cũng không thể là chủ thể của tội tham ô tài sản. Đây là điều kiện "cần và đủ" để một người có thể trở thành chủ thể của tội tham ô tài sản và cũng là dấu hiệu để phân biệt với một số tội phạm khác có tính chất chiếm đoạt tài sản. Về lý luận, người có trách nhiệm đối với tài sản là người được giao nhiệm vụ trực tiếp quản lý tài sản như: Thủ quỹ, thủ kho, kế toán, người được giao vận chuyển tài sản của cơ quan, tổ chức hoặc đơn vị mình, v.v.. Ngoài ra, còn bao gồm những người tuy không được giao trực tiếp quản lý tài sản nhưng lại có trách nhiệm trong việc quyết định thu chi, xuất nhập, mua bán, trao đổi tài sản như: Giám đốc công ty, Chủ nhiệm hợp tác xã, người đứng đầu trong các cơ quan, tổ chức là chủ tài khoản hoặc là người có quyền quyết định về tài sản của cơ quan, tổ chức mình. Nếu người phạm tội chỉ có ý định chiếm đoạt tài sản giá trị dưới 2.000.000 đồng thì phải là người trước đó đã bị xử lý kỷ luật về hành vi tham ô bằng một trong những hình thức kỷ luật theo quy định của pháp luật hoặc theo quy định trong điều lệ của tổ chức và chưa hết thời hạn được xóa kỷ luật. Luật sư nên lưu ý, nếu trước đó người phạm tội tuy có bị xử lý kỷ luật, nhưng về hành vi khác không phải là hành vi tham ô thì cũng chưa đủ để cấu thành tội phạm này.

- Các dấu hiệu thuộc về khách thể của tội phạm:

Theo quy định tại Chương XXIII Bộ luật hình sự năm 2015 (các tội phạm về chức vụ), khách thể của tội tham ô không còn là chế độ sở hữu nữa. Tuy nhiên, đây là vấn đề vẫn còn có nhiều ý kiến trái chiều. Nhìn từ góc độ pháp lý, khách thể trực tiếp của tội tham ô tài sản vẫn là

quan hệ sở hữu. Tuy nhiên, cần lưu ý quan hệ sở hữu ở đây không chỉ là quan hệ sở hữu của Nhà nước mà còn có thể là quan hệ sở hữu của các thành phần kinh tế khác.

- *Các dấu hiệu thuộc về mặt khách quan của tội phạm:*

+ *Dấu hiệu đầu tiên* là hành vi *lợi dụng chức vụ, quyền hạn để chiếm đoạt tài sản* (nếu không lợi dụng chức vụ, quyền hạn thì không thể thực hiện được việc chiếm đoạt tài sản). Chức vụ, quyền hạn là tiền đề để người phạm tội thực hiện việc chiếm đoạt tài sản một cách dễ dàng. Khi nghiên cứu hồ sơ và chuẩn bị luận cứ tranh tụng, Luật sư cần tiếp cận và chứng minh có hay không hành vi chuyển dịch bất hợp pháp tài sản từ chủ sở hữu thành tài sản của cá nhân.

Hành vi chuyển dịch bất hợp pháp tài sản có thể được thực hiện dưới nhiều hình thức khác nhau, có trường hợp người phạm tội tự chuyển dịch tài sản, có trường hợp việc chuyển dịch lại do người khác thực hiện theo lệnh của người phạm tội. Thời điểm hoàn thành của việc chuyển dịch tài sản là sau khi người phạm tội đã chiếm hữu, sử dụng được tài sản đó. Do hiện nay quan niệm về việc chiếm đoạt tài sản nói chung và chiếm đoạt tài sản trong tội tham ô tài sản nói riêng đã khác nhiều so với quan niệm truyền thống nên Luật sư cần chỉ ra sự khác biệt giữa hành vi tham ô tài sản với các hành vi khác, ví dụ như sử dụng trái phép tài sản.

Kinh nghiệm bào chữa từ các vụ án tham nhũng cho thấy, có rất nhiều tranh cãi chung quanh các khoản chi phí mà nhiều doanh nghiệp, đơn vị đã phải chi, mặc dù không đúng với quy định của Nhà nước, chẳng hạn chi "giao dịch", "chăm sóc khách hàng" hoặc "tiếp khách", v.v.. Trong trường hợp này, nếu người có chức vụ, quyền hạn trong doanh nghiệp, đơn vị hành động không vì tư lợi, không sử dụng cho cá nhân, Luật sư có thể đấu tranh theo hướng, việc quy kết cho Giám đốc công ty hoặc người đứng đầu đơn vị về hành vi chiếm đoạt toàn bộ số tiền chi sai nguyên tắc và truy cứu trách nhiệm hình sự họ về tội tham ô tài sản rõ ràng là không chính xác vì trên thực tế họ không chiếm đoạt số tiền đó.

+ *Dấu hiệu thứ hai* về mặt khách quan của tội danh *tham ô tài sản* là có hậu quả, thiệt hại. Dấu hiệu này thường phát sinh tranh cãi, bởi lẽ ngoài thiệt hại về tài sản, các cơ quan tiến hành tố tụng cũng thường đưa ra những lập luận mang tính nâng "quan điểm" đối với những thiệt hại phi vật chất khác. Tuy hậu quả của tội tham ô tài sản không phải là dấu hiệu bắt buộc, xét về phương diện các yếu tố cấu thành tội phạm, nhưng đây chính là căn cứ để Hội đồng xét xử xem xét, đánh giá khi lượng hình.Vì vậy, Luật sư cần nắm vững mức độ truy cứu trách nhiệm hình sự của tội danh này là từ 2.000.000 đồng trở lên, trường hợp chiếm đoạt dưới 2.000.000 đồng thì phải có thêm những điều kiện cụ thể như: Gây hậu quả nghiêm trọng; đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này mà còn vi phạm; đã bị kết án về một trong các tội phạm về tham nhũng, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm (Bộ luật hình sự năm 2015 bỏ quy định về gây hậu quả nghiêm trọng, chỉ còn giữ lại điều kiện đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này mà còn vi phạm hoặc đã bị kết án về một trong các tội phạm về tham nhũng, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm). Quy định này không có nghĩa là trong mọi trường hợp, người phạm tội phải chiếm đoạt được 2.000.000 đồng hoặc dưới 2.000.000 đồng nhưng đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này hoặc đã bị kết án về một trong các tội phạm về tham nhũng, chưa được xóa án tích mà vẫn vi phạm thì mới cấu thành tội phạm. Trên thực tế, chỉ cần xác định người phạm tội đã thực hiện hết các hành vi khách quan của tội phạm, nhưng vì lý do khách quan nên chưa chiếm đoạt được tài sản thì họ vẫn bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội tham ô tài sản thuộc trường hợp phạm tội chưa đạt.

- *Các dấu hiệu thuộc về mặt chủ quan của tội phạm:*

Khi chuẩn bị luận cứ bào chữa, Luật sư cần chú ý do tội tham ô tài sản cũng là tội phạm có tính chất chiếm đoạt, nên người phạm tội thực hiện hành vi của mình là cố ý (cố ý trực tiếp). Điều này có nghĩa là, người phạm tội nhận thức rõ hành vi của mình là nguy hiểm cho xã hội, thấy trước hậu quả của hành vi đó và mong muốn hậu quả xảy ra; sẽ không có trường hợp tham ô tài sản nào được thực hiện do cố ý gián tiếp, vì người phạm tội bao giờ cũng mong muốn chiếm đoạt được tài sản.

Mục đích (ý định) chiếm đoạt tài sản của người phạm tội bao giờ cũng hình thành trước khi thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản. Vì vậy, có thể nói, mục đích chiếm đoạt tài sản là dấu hiệu bắt buộc của cấu thành tội tham ô tài sản. Nếu mục đích của người phạm tội chưa đạt được (chưa chiếm đoạt được tài sản), thì thuộc trường hợp phạm tội chưa đạt. Tuy nhiên, ngoài mục đích chiếm đoạt, người phạm tội nếu có những mục đích khác hoặc chấp nhận mục đích chiếm đoạt của người đồng phạm thì cũng sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội tham ô tài sản, nếu mục đích đó không cấu thành một tội phạm độc lập.

- *Các tình tiết định khung hình phạt:*

Mặc dù trong Bộ luật hình sự đã quy định chi tiết các tình tiết định khung hình phạt, nhưng trong quá trình tham gia tố tụng bảo vệ quyền lợi cho khách hàng, Luật sư cần nắm vững về mặt lý luận các tình tiết như phạm tội có tổ chức; dùng thủ đoạn xảo quyệt, nguy hiểm; phạm tội từ 02 lần trở lên; giá trị chiếm đoạt tài sản; chiếm đoạt tiền, tài sản dùng vào mục đích xóa đói, giảm nghèo; tiền, phụ cấp, trợ cấp, ưu đãi đối với người có công với cách mạng; các loại quỹ dự phòng hoặc các loại tiền, tài sản trợ cấp, quyên góp cho những vùng bị thiên tai, dịch bệnh hoặc các vùng kinh tế đặc biệt khó khăn; gây ảnh hưởng xấu đến đời sống của cán bộ, công chức, viên chức và người lao động trong cơ quan, tổ chức; gây ảnh hưởng xấu đến an ninh, trật tự, an toàn xã hội; hoặc dẫn đến doanh nghiệp hoặc tổ chức khác bị phá sản hoặc ngừng hoạt động và các tình tiết quy định là hình phạt bổ sung đối với người phạm tội, v.v..

b) Về tội nhận hối lộ:

Nhận hối lộ là hành vi lợi dụng chức vụ, quyền hạn, trực tiếp hoặc qua trung gian nhận hoặc sẽ nhận bất kỳ lợi ích nào cho chính bản thân hoặc cho người hoặc tổ chức khác để làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ. So sánh với tội nhận hối lộ quy định tại Điều 279 Bộ luật hình sự năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009 (Sau đây gọi tắt là Bộ luật hình sự năm 1999) thì nội hàm của khái niệm nhận hối lộ trong Bộ luật hình sự năm 2015 rộng hơn.

Nếu trước đây, Bộ luật hình sự năm 1999 chỉ đề cập hành vi nhận "tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất khác dưới bất kỳ hình thức nào", thì tại Điều 354 Bộ luật hình sự năm 2015 lại quy định hành vi là "nhận bất kỳ lợi ích nào", bao gồm cả lợi ích vật chất và phi vật chất, đồng thời quy định rõ thêm, lợi ích này là lợi ích không chỉ cho bản thân người phạm tội mà còn "cho người hoặc tổ chức khác".

Trong quá trình tham gia tố tụng, Luật sư cần bám sát các dấu hiệu cấu thành tội nhận hối lộ với những lưu ý sau:

- *Các dấu hiệu thuộc về chủ thể của tội phạm:*

Cũng như tội tham ô, đối với tội nhận hối lộ, Luật sư cần quan tâm nhận biết các dấu hiệu thuộc về chủ thể của tội phạm, đây là những dấu hiệu quan trọng nhất để xác định hành vi phạm tội, nhằm phân biệt sự khác nhau giữa tội hối lộ với các tội phạm khác do người có chức vụ, quyền hạn thực hiện.

Trước hết, người phạm tội nhận hối lộ phải là người có chức vụ, quyền hạn, nhưng lại không giống như người có chức vụ, quyền hạn trong tội tham ô tài sản. Nếu người có chức vụ, quyền hạn phạm tội tham ô tài sản phải là người có trách nhiệm quản lý tài sản, thì người có chức vụ, quyền hạn phạm tội nhận hối lộ không nhất thiết phải là người có trách nhiệm quản lý tài sản. Phạm vi chức vụ, quyền hạn của người phạm tội nhận hối lộ rộng hơn.

Tuy nhiên, đối với tội nhận hối lộ, thì người có chức vụ, quyền hạn phải là người có trách nhiệm trong việc giải quyết những yêu cầu của người đưa hối lộ. Những yêu cầu đó có thể là yêu cầu về lợi ích vật chất hoặc phi vật chất. Việc xác định chức vụ, quyền hạn và trách nhiệm giải quyết yêu cầu của người đưa hối lộ là rất quan trọng, vì đã có không ít trường hợp, người đưa hối lộ tưởng rằng người mà mình đưa hối lộ là người có trách nhiệm giải quyết được yêu cầu của mình, nhưng thực tế thì không phải như vậy.

Đáng chú ý, Bộ luật hình sự năm 2015 cũng quy định: Người có chức vụ, quyền hạn trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài Nhà nước

nhận hối lộ cũng bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Cũng như đối với tội tham ô tài sản, quy định này chỉ phù hợp với các doanh nghiệp, tổ chức cổ phần, trách nhiệm hữu hạn, còn đối với các doanh nghiệp, tổ chức tư nhân thì rất khó truy cứu trách nhiệm hình sự.

- *Các dấu hiệu thuộc về khách thể của tội phạm:*

Về mặt lý luận chung, khách thể của tội nhận hối lộ là hoạt động không đúng đắn của cá nhân, cơ quan, tổ chức có chức vụ và quyền hạn; làm cho cơ quan, tổ chức bị suy yếu, mất uy tín và nghiêm trọng hơn là làm giảm lòng tin của nhân dân vào Đảng và Nhà nước. Do bào chữa cho khách hàng là người bị truy tố, xét xử về tội danh nhận hối lộ nên Luật sư cần nhận thức đúng đắn về vai trò của người bào chữa để thận trọng trong đánh giá, phát ngôn, tránh bị suy diễn, tránh tư tưởng bào chữa bằng mọi giá, đi ngược lại chủ trương phòng, chống tội phạm tham nhũng của Đảng và Nhà nước.

Bộ luật hình sự năm 2015 quy định đối tượng tác động của tội nhận hối lộ còn có "lợi ích phi vật chất khác". Đây là một điểm mới so với Bộ luật hình sự năm 1999. Luật sư cần yêu cầu bên buộc tội làm rõ những trường hợp có nhận lợi ích phi vật chất hay không và lợi ích nhận được là những lợi ích nào, có trái quy định pháp luật hay không.

- *Các dấu hiệu thuộc về mặt khách quan của tội phạm bao gồm hành vi khách quan và hậu quả:*

Trong quá trình nghiên cứu hồ sơ và chuẩn bị quan điểm bào chữa tại Tòa án, Luật sư cần xem xét mối quan hệ giữa hành vi đưa tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất hoặc phi vật chất của người đưa hối lộ với chức vụ, quyền hạn của người nhận hối lộ. Những biểu hiện của hành vi đó có thể bao gồm:

+ Trực tiếp hoặc qua trung gian để nhận tiền, tài sản, lợi ích vật chất hoặc phi vật chất của người đưa hối lộ.

+ Trên thực tế, người nhận hối lộ đã nhận được tiền, tài sản hoặc lợi ích phi vật chất khác mà người đưa hối lộ trực tiếp hoặc qua trung gian giao cho, tức là người nhận hối lộ đã chiếm hữu số tiền, tài sản hoặc lợi

ích vật chất, sử dụng lợi ích phi vật chất khác, rồi sau đó mới lợi dụng chức vụ, quyền hạn để làm hay không làm một việc theo yêu cầu của người đưa hối lộ.

+ Hoặc trường hợp tồn tại một cam kết, hứa hẹn giữa người đưa hối lộ và người nhận hối lộ về việc sẽ giao tiền, tài sản, lợi ích vật chất, phi vật chất hoặc về của hối lộ, sau khi người nhận hối lộ đã đáp ứng yêu cầu của người đưa hối lộ.

+ Hành vi trực tiếp hoặc qua trung gian nhận lợi ích vật chất hoặc phi vật chất dưới bất kỳ hình thức nào bị xem là hành vi nhận của hối lộ mà không phụ thuộc vào thủ đoạn mà người đưa và nhận hối lộ thực hiện. Luật sư cần lưu ý hình thức ở đây là hình thức nhận hối lộ chứ không phải là hình thức giao nhận tiền, nên khi xác định hoặc phản bác hình thức nhận hối lộ trong một số trường hợp, cần xác định hình thức được các bên thỏa thuận thực hiện là thủ đoạn đưa và nhận hối lộ, còn hình thức cụ thể được triển khai trên thực tế chỉ là thủ đoạn để che giấu tội phạm. Tuy nhiên, nếu hình thức mà các bên thực hiện không phải là thủ đoạn đưa và nhận hối lộ, thì đó lại là một quan hệ thuộc các lĩnh vực dân sự, kinh tế, hành chính hoặc chỉ là quan hệ thuộc lĩnh vực đạo đức.

Như vậy, hình thức nhận hối lộ không phải là dấu hiệu bắt buộc đối với cấu thành tội nhận hối lộ, nhưng căn cứ vào hình thức nhận hối lộ mà Luật sư xác định được tính chất, mức độ hay thủ đoạn của hành vi nhận hối lộ do người phạm tội thực hiện.

Luật sư cần chú ý, "để làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ" là dấu hiệu rất quan trọng thuộc về mặt khách quan của tội nhận hối lộ và là dấu hiệu thường gây tranh cãi trong nhiều trường hợp. Do đó, Luật sư cần phân tích kỹ thế nào là làm một việc có lợi cho chính người đưa hối lộ, hoặc đem lại lợi ích cho người khác mà người đưa hối lộ quan tâm. Bên cạnh đó, Luật sư cũng cần nhận diện thế nào là không làm một việc mà lẽ ra theo quy định của pháp luật phải thực hiện vì lợi ích của người đưa hối lộ và việc không thực hiện nhiệm vụ đó đã đem lại lợi ích cho người đưa hối lộ.

Luật sư cần hết sức chú ý, hậu quả của hành vi nhận hối lộ vừa là dấu hiệu bắt buộc, vừa không phải là dấu hiệu bắt buộc. Hậu quả là dấu hiệu bắt buộc trong trường hợp nhận hối lộ chưa đến 2.000.000 đồng nhưng đã bị xử lý kỷ luật về hành vi nhận hối lộ hoặc đã bị kết án về các tội phạm tham nhũng, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm. Còn nếu nhận hối lộ từ 2.000.000 đồng trở lên thì hậu quả không phải là dấu hiệu bắt buộc.

Đối với tội nhận hối lộ, nhà làm luật quy định giá trị của hối lộ là ranh giới phân biệt tội phạm với hành vi vi phạm. Có quan điểm cho rằng, giá trị của hối lộ là dấu hiệu bắt buộc của cấu thành tội phạm và nếu chưa nhận hối lộ hoặc đã nhận hối lộ, nhưng giá trị của hối lộ dưới mức quy định của điều luật thì chưa cấu thành tội phạm; coi giá trị của hối lộ là hậu quả của tội phạm. Tuy nhiên, đây là sự nhầm lẫn giữa hậu quả của tội phạm với giá trị của hối lộ là dấu hiệu khách quan của tội phạm mà Luật sư cần chú ý.

- *Các dấu hiệu về mặt chủ quan của tội phạm:*

Đây là vấn đề lý luận khá phức tạp mà Luật sư cần quan tâm khi lập luận, bào chữa cho khách hàng về tội nhận hối lộ. Về nguyên tắc, không ai vô ý nhận hối lộ, do đó, đối với tội nhận hối lộ chỉ có cố ý trực tiếp chứ không có cố ý gián tiếp, vì người phạm tội bao giờ cũng mong muốn nhận được của hối lộ. Mặc dù điều luật quy định hành vi phạm tội là đã nhận hoặc sẽ nhận, nhưng không vì thế mà có thể cho rằng, ý định nhận hối lộ của người phạm tội có sau khi thực hiện hành vi phạm tội. Cái khó cho Luật sư khi tranh luận là phải làm rõ dù người phạm tội sẽ nhận của hối lộ sau khi làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ, thì người nhận hối lộ phải có ý định nhận của hối lộ trước khi thực hiện hành vi phạm tội thì mới cấu thành tội phạm.

Như vậy, mục đích của người phạm tội là dấu hiệu bắt buộc của cấu thành tội phạm. Nếu người phạm tội không có ý định nhận của hối lộ, thì dù họ có làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu

của người đưa hối lộ trước đó thì cũng không đủ điều kiện cấu thành tội nhận hối lộ.

- Các tình tiết là dấu hiệu định khung hình phạt:

Trong số các tình tiết thuộc trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 354 Bộ luật hình sự năm 2015, Luật sư cần chú ý tình tiết “lạm dụng chức vụ, quyền hạn”. Bởi lẽ, người phạm tội nhận hối lộ nhất thiết phải là người lợi dụng chức vụ, quyền hạn thì mới nhận được hối lộ. Nếu chỉ lợi dụng chức vụ, quyền hạn mà mình có thì đó chỉ là yếu tố định tội, nhưng nếu người nhận hối lộ lạm dụng chức vụ, quyền hạn mà mình có để nhận hối lộ thì lại là yếu tố định khung hình phạt.

Riêng tình tiết “biết rõ của hối lộ là tài sản của nhà nước”, Luật sư cần nhận thức cho đúng, vì khái niệm tài sản của Nhà nước cho đến nay vẫn còn là khái niệm có nhiều ý kiến trái chiều, đặc biệt là, khi tài sản thuộc quyền sở hữu một phần của Nhà nước thì vấn đề lại không đơn giản, nhất là tài sản nhà nước trong công ty cổ phần, công ty có vốn đầu tư nước ngoài, các đơn vị liên doanh, liên kết giữa Nhà nước với các đơn vị kinh tập thể hoặc tư nhân, v.v.. Câu hỏi đặt ra là người nhận hối lộ có biết của hối lộ là tài sản của các đơn vị kinh tế này đồng thời có biết đó là tài sản của Nhà nước hay không? Đây là vấn đề chưa được hướng dẫn, giải thích nên luật sư cần đấu tranh và làm rõ nhằm xác định chính xác yếu tố tài sản của nhà nước, tránh việc Viện kiểm sát lấy đây làm yếu tố định khung hình phạt hoặc là tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự.

Chương 5
KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG VỤ ÁN XÂM PHẠM AN NINH QUỐC GIA

I. KHÁI QUÁT VỀ CÁC TỘI XÂM PHẠM AN NINH QUỐC GIA

1. Khái niệm về các tội xâm phạm an ninh quốc gia

An ninh quốc gia luôn có vai trò đặc biệt quan trọng đối với sự tồn tại của bất kỳ thể chế chính trị nào. Đối với Việt Nam, trong các giai đoạn cách mạng, bảo vệ an ninh quốc gia luôn là một trong những nhiệm vụ quan trọng hàng đầu của Đảng, Nhà nước và nhân dân. Bảo vệ an ninh quốc gia bao gồm bảo vệ độc lập chủ quyền, thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo đảm sự tồn tại và phát triển vững mạnh của Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Bộ luật hình sự năm 1999 quy định các hành vi có tính chất, mức độ nguy hiểm rất cao cho xã hội, xâm hại đến các quan hệ xã hội thuộc lĩnh vực an ninh quốc gia là tội phạm thuộc nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia. Các tội phạm này được quy định tại Chương XI Bộ luật hình sự 1999 gồm 14 điều (từ Điều 78 đến Điều 91), ngoài ra còn có 01 điều quy định về hình phạt bổ sung (Điều 92). Ở Bộ luật hình sự năm 2015, các tội phạm này được quy định tại Chương XIII, gồm 14 điều (từ Điều 108 đến Điều 122) và 01 điều quy định về hình phạt bổ sung (Điều 123).

2. Một số dấu hiệu đặc trưng của các tội xâm phạm an ninh quốc gia

Các tội xâm phạm an ninh quốc gia có một số dấu hiệu đặc trưng sau đây:

- *Khách thể của các tội xâm phạm an ninh quốc gia*:

Các tội xâm phạm an ninh quốc gia là các tội phạm xâm hại đến các quan hệ xã hội thuộc lĩnh vực an ninh quốc gia, gây nguy hại cho độc lập, chủ quyền, thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ của Tổ quốc, chế độ xã hội chủ nghĩa, Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, tiềm lực quốc phòng, an ninh, v.v.. Đây là các quan hệ xã hội có tầm quan trọng đặc biệt, là nền móng bảo đảm cho sự tồn tại và phát triển của các quan hệ xã hội khác.

- *Mặt khách quan của các tội xâm phạm an ninh quốc gia:*

Mặt khách quan của các tội xâm phạm an ninh quốc gia được thể hiện ở các hành vi gây nguy hiểm cho xã hội, xâm phạm đến các khách thể đã nêu ở phần trên. Các hành vi này thường rất đa dạng, phong phú, có thể kể đến một số hoạt động điển hình như hoạt động nhằm lật đổ chính quyền nhân dân, hoạt động gián điệp, hoạt động khủng bố, phá hoại việc thực hiện các chính sách kinh tế - xã hội...

Các tội xâm phạm an ninh quốc gia là các tội đặc biệt nghiêm trọng, có tính chất và mức độ nguy hiểm cao cho xã hội nên hầu hết đều là những tội có cấu thành hình thức. Hậu quả xảy ra không phải là dấu hiệu bắt buộc của cấu thành tội phạm. Tội phạm được coi là hoàn thành từ thời điểm hành vi phạm tội được thực hiện.

- *Chủ thể của các tội xâm phạm an ninh quốc gia:*

Chủ thể của các tội phạm xâm phạm an ninh quốc gia có thể là công dân Việt Nam, người nước ngoài, người không có quốc tịch nhưng đều phải có năng lực trách nhiệm hình sự và đạt độ tuổi nhất định. Các tội xâm phạm an ninh quốc gia là những tội đặc biệt nghiêm trọng có tính chất nguy hiểm rất cao nên theo quy định của Bộ luật hình sự năm 1999

thì người từ đủ 14 tuổi trở lên phải chịu trách nhiệm hình sự về các tội phạm này. Ở Bộ luật hình sự năm 2015, tuổi chịu trách nhiệm hình sự với tội phạm này được nâng lên mức từ đủ 16 tuổi trở lên (khoản 2 Điều 12 Bộ luật hình sự năm 2015).

- Mặt chủ quan của các tội xâm phạm an ninh quốc gia:

Mặt chủ quan của các tội xâm phạm an ninh quốc gia bao gồm các dấu hiệu sau:

+ Lỗi của người thực hiện hành vi phạm tội xâm phạm an ninh quốc gia được biểu hiện dưới hình thức lỗi cố ý trực tiếp. Người phạm tội nhận thức rõ tính chất nguy hiểm của hành vi là xâm hại độc lập, chủ quyền, thống nhất, toàn vẹn lãnh thổ của Tổ quốc, xâm phạm chế độ xã hội chủ nghĩa và Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thấy trước hành vi đó có thể làm suy yếu hoặc lật đổ chính quyền nhân dân, nhưng vẫn mong muốn thực hiện hành vi đó.

+ Mục đích của các tội xâm phạm an ninh quốc gia là nhằm chống lại hoặc làm suy yếu chính quyền nhân dân. Đây là dấu hiệu bắt buộc trong mặt chủ quan của tất cả các tội xâm phạm an ninh quốc gia. Khi thực hiện hành vi phạm tội, người phạm tội đều hướng tới mục đích này. Đây cũng là dấu hiệu để phân biệt giữa các tội xâm phạm an ninh quốc gia với các tội phạm khác có dấu hiệu về mặt khách quan tương tự. Ví dụ, Tội trốn đi nước ngoài hoặc trốn ở lại nước ngoài nhằm chống chính quyền nhân dân (Điều 91) và tội tổ chức, cưỡng ép người khác trốn đi nước ngoài hoặc ở lại nước ngoài trái phép (Điều 275 Bộ luật hình sự năm 1999), v.v..

+ Động cơ phạm tội có thể khác nhau (hận thù giai cấp, vụ lợi, bị lôi kéo, kích động, v.v..) nhưng không phải là dấu hiệu bắt buộc của cấu thành các tội xâm phạm an ninh quốc gia. Pháp luật chỉ căn cứ vào tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội để áp dụng các biện pháp xử lý phù hợp đối với người thực hiện hành vi phạm tội.

- Chính sách hình sự đối với các tội xâm phạm an ninh quốc gia:

Các tội xâm phạm an ninh quốc gia là những tội đặc biệt nghiêm trọng

có tính chất, mức độ nguy hiểm rất cao, nên hình phạt quy định trong Bộ luật hình sự đối với các tội phạm này là rất nghiêm khắc. Bộ luật hình sự năm 1999 quy định 7 tội có mức hình phạt cao nhất là tử hình (Điều 78, 79, 80, 82, 83, 84, 85), 3 tội có mức hình phạt cao nhất là tù chung thân (Điều 81, 90, 91); Bộ luật hình sự năm 2015 quy định 6 tội có mức hình phạt cao nhất là tử hình (Điều 108, 109, 110, 112, 113, 114), do bỏ tội hoạt động phỉ, vẫn giữ nguyên 3 tội có mức hình phạt cao nhất là tù chung thân. Ngoài ra, Điều 14 Bộ luật hình sự năm 2015 còn quy định thêm việc xác định trách nhiệm hình sự của người chuẩn bị phạm tội, do đó người chuẩn bị phạm tội cũng sẽ phải chịu những hình phạt đã được quy định ngay trong điều luật.

Ngoài hình phạt chính, Điều 92 Bộ luật hình sự năm 1999 (Điều 123 Bộ luật hình sự năm 2015) còn quy định các hình phạt bổ sung như: Bị tước một số quyền công dân, phạt quản chế, cấm cư trú từ 01 năm đến 05 năm, tịch thu một phần hoặc toàn bộ tài sản.

3. Những điểm mới trong Bộ luật hình sự năm 2015 về các tội xâm phạm an ninh quốc gia

a) Về cấu trúc:

Bộ luật hình sự năm 1999 quy định các tội xâm phạm an ninh quốc gia tại Chương XI với 15 Điều luật. Trong Bộ luật hình sự năm 2015, số điều luật trong chương các tội xâm phạm an ninh quốc gia (Chương XIII) cũng được giữ nguyên. Tuy nhiên về cấu trúc thì có sự thay đổi, cụ thể Bộ luật hình sự năm 2015 đã:

- Bỏ *Tội hoạt động phỉ* (Điều 83 Bộ luật hình sự 1999);

- Chia Điều 91 Bộ luật hình sự năm 1999 *Tội trốn đi nước ngoài hoặc trốn ở lại nước ngoài nhằm chống chính quyền nhân dân* thành hai tội: *Tội tổ chức, cưỡng ép, xúi giục người khác trốn đi nước ngoài hoặc trốn ở lại nước ngoài nhằm chống chính quyền nhân dân* (Điều 120) và *Tội trốn đi nước ngoài hoặc trốn ở lại nước ngoài nhằm chống chính quyền nhân dân* (Điều 121).

b) Về tội danh:

Bộ luật hình sự năm 2015 giữ nguyên tên của 11 điều luật, sửa tên của 3 điều luật theo hướng:

- Cụ thể hóa hành vi phạm tội ngay trong tội danh: Sửa tên *Tội tuyên truyền chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam* (Điều 88 Bộ luật hình sự năm 1999) thành *Tội làm, tàng trữ, phát tán hoặc tuyên truyền thông tin, tài liệu, vật phẩm nhằm chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam* (Điều 117 Bộ luật hình sự năm 2015);

- Mở rộng đối tượng tác động của tội phạm: Sửa tên *Tội chống phá trại giam* (Điều 90 Bộ luật hình sự năm 1999) thành *Tội chống phá cơ sở giam giữ* (Điều 119 Bộ luật hình sự năm 2015).

c) Về chủ thể:

Khoản 2 Điều 14 Bộ luật hình sự năm 2015 quy định đối với các tội phạm xâm hại an ninh quốc gia người chuẩn bị phạm tội cũng phải chịu trách nhiệm hình sự.

d) Về hình phạt:

Do tính chất đặc biệt nguy hiểm nên các tội xâm phạm an ninh quốc gia có mức hình phạt rất nghiêm khắc: Bộ luật hình sự năm 1999 quy định 7 tội có mức hình phạt cao nhất là tử hình, 3 tội có mức hình phạt cao nhất là tù chung thân; Bộ luật hình sự năm 2015 bỏ Tội hoạt động phỉ nên chỉ còn 6 tội có mức hình phạt cao nhất là tử hình, vẫn giữ nguyên 3 tội có mức hình phạt cao nhất là tù chung thân. Ngoài ra, do quy định cả trách nhiệm hình sự của người chuẩn bị phạm tội, nên các tội danh trong chương các tội phạm xâm hại an ninh quốc gia cũng bao gồm cả hình phạt áp dụng đối với người chuẩn bị phạm tội vào ngay trong cấu thành tội phạm.

II. MỘT SỐ KỸ NĂNG BÀO CHỮA, BẢO VỆ QUYỀN LỢI CHO KHÁCH HÀNG TRONG CÁC VỤ ÁN XÂM PHẠM AN NINH QUỐC GIA

Những kỹ năng khi tham gia tố tụng, bào chữa, bảo vệ quyền lợi cho khách hàng trong các vụ án thuộc nhóm các tội xâm phạm an ninh

quốc gia, về cơ bản cũng giống như khi tham gia tố tụng, bào chữa, bảo vệ quyền lợi cho khách hàng trong các vụ án thuộc nhóm các tội phạm khác trong Bộ luật hình sự. Tuy nhiên, do khách thể đặc biệt cũng như tính chất đặc biệt nghiêm trọng của nhóm tội này nên pháp luật có một số quy định riêng biệt và việc bào chữa cho các bị can, bị cáo thuộc nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia. Trong đó, cũng có những nội dung mang tính đặc thù mà Luật sư cần lưu ý khi tham gia bào chữa.

1. Hoạt động của Luật sư trong giai đoạn điều tra

a) Tiếp nhận yêu cầu và hoàn tất thủ tục đăng ký bào chữa:

Khác với các tội có chủ thể đặc biệt (như các tội phạm về chức vụ, các tội xâm phạm hoạt động tư pháp; các tội xâm phạm nghĩa vụ, trách nhiệm của quân nhân, v.v.), những người phạm các tội thuộc nhóm các tội phạm xâm phạm an ninh quốc gia khá đa dạng. Thực tiễn xét xử các tội phạm này những năm gần đây đã ghi nhận chủ thể của các tội phạm xâm phạm an ninh quốc gia phần lớn là những người thuộc thành phần trí thức, có trình độ học vấn cao (bác sỹ, thạc sỹ công nghệ thông tin, sinh viên, v.v.); có nhiều vụ án, người phạm tội là cử nhân, thạc sỹ, tiến sỹ luật, Luật sư, v.v.. Mặt khác, bên cạnh những quy định mang tính đặc thù của pháp luật[1], việc điều tra, truy tố, xét xử các vụ án xâm phạm an ninh quốc gia thường được cơ quan an ninh điều tra tiến hành theo những thủ tục khá nghiêm ngặt nên đã tạo không ít áp lực cho người bào chữa, khiến cho một số người bào chữa ngần ngại khi nhận được yêu cầu bào chữa của khách hàng trong các vụ án này. Do vậy, khi tiếp nhận yêu cầu bào chữa, bảo vệ quyền lợi cho khách hàng trong các vụ án xâm phạm an ninh quốc gia, Luật sư cần lưu ý một số vấn đề sau đây:

- Về thẩm quyền điều tra:

Theo quy định tại các Điều 16 và 17 Luật tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015 thì Cơ quan An ninh điều tra Bộ Công an phải:

---

1. Điều 74 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015: "… Trường hợp cần giữ bí mật điều tra đối với các tội xâm phạm an ninh quốc gia thì Viện trưởng Viện kiểm sát có thẩm quyền quyết định để người bào chữa tham gia tố tụng từ khi kết thúc điều tra."

"Tiến hành điều tra vụ án hình sự về các tội phạm đặc biệt nghiêm trọng, phức tạp, liên quan đến nhiều tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương hoặc có yếu tố nước ngoài thuộc thẩm quyền Điều tra của Cơ quan An ninh điều tra Công an cấp tỉnh quy định tại khoản 2 Điều 17 của Luật này nếu xét thấy cần trực tiếp điều tra; vụ án đặc biệt nghiêm trọng thuộc thẩm quyền điều tra của Cơ quan An ninh điều tra của Công an nhân dân do Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hủy để điều tra lại". Cơ quan An ninh điều tra Công an cấp tỉnh "Tiến hành điều tra vụ án hình sự về các tội phạm quy định tại Chương XIII, Chương XXVI và các tội phạm quy định tại các Điều 207, 208, 282, 283, 284, 299, 300, 303, 304, 305, 309, 337, 338, 347, 348, 349 và 350 của Bộ luật hình sự khi các tội phạm đó thuộc thẩm quyền xét xử của Tòa án nhân dân; tiến hành điều tra vụ án hình sự về tội phạm khác liên quan đến an ninh quốc gia hoặc để bảo đảm khách quan theo sự phân công của Bộ trưởng Bộ Công an".

Trong khi chờ đợi Luật tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015 có hiệu lực thi hành (01-01-2018) và hướng dẫn cụ thể của các cơ quan có thẩm quyền thì thẩm quyền điều tra của Cơ quan An ninh điều tra Bộ Công an và Cơ quan An ninh điều tra Công an cấp tỉnh vẫn áp dụng theo quy định tại Thông tư số 28/2014/TT-BCA ngày 07-7-2014 của Bộ Công an quy định về công tác điều tra hình sự trong công an nhân dân. Theo Thông tư này, Cơ quan An ninh điều tra Bộ Công an có thẩm quyền: "Tiến hành điều tra vụ án về các tội phạm đặc biệt nghiêm trọng, phức tạp, liên quan đến nhiều địa phương hoặc có yếu tố nước ngoài thuộc thẩm quyền điều tra của Cơ quan An ninh điều tra Công an cấp tỉnh nhưng xét thấy cần trực tiếp điều tra" (điểm b khoản 1 Điều 22); Cơ quan An ninh Điều tra Công an cấp tỉnh có thẩm quyền: "Tiến hành điều tra các vụ án hình sự về các tội phạm quy định tại Chương XI, Chương XXIV và các tội phạm quy định tại các điều 180, 181, 221, 222, 223, 230, 230a, 230b, 231, 232, 236, 263, 264, 274 và 275 của Bộ luật hình sự năm 1999 khi các tội phạm đó thuộc thẩm quyền xét xử của Tòa án nhân dân cấp tỉnh" (điểm b khoản 1 Điều 23).

Khi tiếp nhận yêu cầu bào chữa các vụ án thuộc nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia, Luật sư cần nắm được các quy định về thẩm quyền để việc liên hệ làm thủ tục đăng ký bào chữa được nhanh chóng, tránh phải đi lại nhiều lần, mất thời gian.

- *Các công việc cần tiến hành:*

+ Luật sư cần trao đổi cụ thể với khách hàng về những hạn chế của việc bào chữa (đối với trường hợp Luật sư chỉ được tham gia sau khi kết thúc điều tra theo quy định tại khoản 1 Điều 58 Bộ luật tố tụng hình sự 2003; khoản 2 Điều 74 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015), không được hứa hẹn hoặc cam kết về kết quả vụ án hay về việc sẽ "tạo điều kiện" để khách hàng đạt được những yêu cầu không phù hợp với pháp luật (như gặp gỡ bị can trong giai đoạn điều tra, được thay đổi biện pháp ngăn chặn, không bị tạm giam ngay sau khi bị bắt, v.v.);

+ Cần dự kiến và thông báo với khách hàng những công việc mà Luật sư phải thực hiện khi tham gia tố tụng, những khó khăn và tình huống có thể gặp phải trong quá trình bào chữa, những việc có thể giúp/ hỗ trợ cho khách hàng, v.v..

+ Trên cơ sở những thông tin có được về vụ án (qua các phương tiện thông tin đại chúng hoặc do khách hàng cung cấp), Luật sư cần đánh giá được tính chất, mức độ phức tạp của vụ án trên cơ sở đó trao đổi, thỏa thuận với khách hàng về thù lao Luật sư cũng như các nội dung khác liên quan đến hợp đồng dịch vụ pháp lý sẽ ký kết. Lưu ý, các chi phí phục vụ cho việc bào chữa (thù lao Luật sư, công tác phí, v.v.) cần được dự liệu và thể hiện đầy đủ trong hợp đồng dịch vụ pháp lý, không được thỏa thuận với khách hàng những khoản chi phí hoặc lợi ích khác ngoài hợp đồng, v.v.. Về thù lao, Luật sư có thể thỏa thuận với khách hàng thanh toán một lần hoặc nhiều lần tùy theo từng vụ án và giai đoạn tham gia tố tụng cụ thể.

+ Sau khi ký hợp đồng dịch vụ pháp lý, cần chuẩn bị và hoàn tất các thủ tục để đăng ký và tham gia tố tụng, bao gồm: Giấy yêu cầu Luật sư của khách hàng và bản sao Thẻ Luật sư (có chứng thực), giấy giới thiệu của tổ chức hành nghề Luật sư hoặc của chi nhánh tổ chức hành nghề

Luật sư nơi Luật sư đang hành nghề[1]. Trên thực tế, vẫn còn nhiều nơi đòi hỏi người bào chữa phải xuất trình thêm một số giấy tờ khác như: Hợp đồng dịch vụ pháp lý, giấy xác nhận quan hệ với bị can, bị cáo (nếu người mời là vợ, chồng, cha, mẹ của bị can, bị cáo, v.v..). Trong những trường hợp đó, cần bình tĩnh giải thích cho người yêu cầu những quy định của pháp luật. Nếu vẫn bị đòi hỏi, Luật sư thì có thể khiếu nại lên cấp trên trực tiếp của người đòi hỏi thực hiện quyền khiếu nại, tố cáo trong tố tụng hình sự quy định tại Điều 31 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 (Điều 32 Bộ luật tố tụng hình sự năm năm 2015).

+ Tiến hành thủ tục đăng ký bào chữa với Cơ quan An ninh điều tra, Viện kiểm sát hoặc Tòa án có thẩm quyền, liên hệ trực tiếp với người tiến hành tố tụng để yêu cầu hoàn tất thủ tục đăng ký bào chữa cũng như sắp xếp kế hoạch làm việc. Cần chú ý gửi (hoặc xuất trình) thủ tục đăng ký bào chữa đến đúng cơ quan có thẩm quyền đang thụ lý, giải quyết vụ án. Ví dụ: Trong trường hợp tham gia tố tụng từ giai đoạn điều tra thì cần gửi thủ tục đăng ký đến Cơ quan An ninh điều tra Bộ Công an (A92) hoặc gửi đến Cơ quan An ninh điều tra Công an tỉnh, thành phố (PA92). Trong trường hợp tham gia tố tụng sau khi kết thúc điều tra thì cần gửi thủ tục đăng ký đến Vụ thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra án an ninh (Vụ 1) Viện kiểm sát nhân dân tối cao (nếu vụ án thuộc thẩm quyền A92 thụ lý, giải quyết) hoặc Phòng thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra án an ninh (Phòng 1) thuộc Viện kiểm sát nhân dân tỉnh, thành phố (nếu vụ án thuộc thẩm quyền PA92 giải quyết, thụ lý).

Theo quy định tại khoản 1 Điều 58 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003, người bào chữa tham gia tố tụng từ khi khởi tố bị can. Trừ trường hợp cần giữ bí mật điều tra đối với tội xâm phạm an ninh quốc gia thì Viện trưởng Viện kiểm sát quyết định để người bào chữa tham gia tố tụng từ khi kết thúc điều tra. Theo quy định này, thì việc người bào chữa chỉ được tham gia tố tụng từ khi kết thúc điều tra cần có 02 điều kiện là: (1) Cần giữ bí mật điều tra đối với tội xâm phạm an ninh quốc gia và (2)

1. Tham khảo khoản 2 Điều 27 Luật luật sư.

Chỉ Viện trưởng Viện kiểm sát mới có thẩm quyền quyết định. Do vậy, trong trường hợp cơ quan điều tra từ chối, không nhận các giấy tờ đăng ký bào chữa hoặc không làm thủ tục đăng ký bào chữa cho Luật sư mà không có quyết định của Viện trưởng Viện kiểm sát về việc để người bào chữa tham gia tố tụng từ khi kết thúc điều tra thì Luật sư cần khiếu nại lên Thủ trưởng cơ quan điều tra hoặc Viện trưởng Viện kiểm sát để yêu cầu giải quyết.

b) Các hoạt động trong giai đoạn điều tra:

Theo quy định tại điểm g khoản 2 Điều 58 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 thì Luật sư chỉ được: "Đọc, ghi chép và sao chụp những tài liệu trong hồ sơ vụ án liên quan đến việc bào chữa sau khi kết thúc điều tra theo quy định của pháp luật" (điểm l khoản 1 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 cũng quy định tương tự). Để khắc phục hạn chế, trong trường hợp được khách hàng yêu cầu tham gia ngay từ giai đoạn điều tra và được cơ quan điều tra chấp thuận sau khi hoàn tất thủ tục đăng ký bào chữa, Luật sư cần có văn bản gửi cơ quan tiến hành tố tụng đề nghị tham gia các buổi hỏi cung, đối chất và một số hoạt động tố tụng khác như thực nghiệm điều tra, khám nghiệm hiện trường, v.v.. Ngoài ra, trong phạm vi có thể, cần tiến hành thu thập chứng cứ phục vụ cho việc bào chữa (bao gồm các chứng cứ gỡ tội hoặc loại trừ trách nhiệm hình sự, chứng cứ về những tình tiết giảm nhẹ, v.v.);

Việc tham dự các buổi hỏi cung (dự cung) rất quan trọng vì thông qua việc gặp bị can trong những buổi hỏi cung, Luật sư có điều kiện nắm bắt được những tình tiết của vụ án, có được những thông tin liên quan đến hành vi mà bị can đang bị cáo buộc, nắm được tâm tư, nguyện vọng của họ. Ngoài ra, việc Luật sư có mặt trong buổi hỏi cung còn giúp động viên họ về mặt tinh thần. Do vậy, Luật sư cần chủ động liên hệ với Điều tra viên, thống nhất phương thức liên lạc (nhanh nhất là qua điện thoại) để nắm được lịch dự cung, tránh tình trạng nhận được thông báo của Điều tra viên quá gần thời điểm hỏi cung nên không bố trí, sắp xếp được công việc để tham dự, đặc biệt là đối với những vụ án phức tạp, bị can bị tạm giam ở xa nơi Luật sư cư trú.

Khi tham dự các buổi hỏi cung, cần lưu ý những nội dung sau:

- Cần tuyệt đối tuân thủ nội quy nơi giam giữ, không mang điện thoại, máy ảnh, máy ghi âm vào buồng hỏi cung (nếu nội quy nơi giam giữ có quy định này);

- Cần tranh thủ đề nghị Điều tra viên cung cấp một số thông tin tố tụng như ngày ra lệnh bắt, khám xét, lệnh tạm giữ, lệnh tạm giam, các quyết định phê chuẩn của Viện kiểm sát, v.v., để xem các hoạt động tố tụng có tuân thủ các quy định của pháp luật hay không. Nếu phát hiện có vi phạm cần có kiến nghị để khắc phục kịp thời.

- Ghi chép đầy đủ nội dung buổi hỏi cung; chú ý những nội dung có thể sử dụng việc bào chữa sau này.

- Dự kiến những câu hỏi dành cho bị can để sau khi Điều tra viên kết thúc việc hỏi thì đề nghị Điều tra viên cho hỏi thêm. Do chưa được tiếp cận với hồ sơ vụ án nên thông tin mà Luật sư thu thập được trong giai đoạn này chưa nhiều, vì vậy nội dung hỏi thêm cần tập trung vào các tình tiết mà Luật sư nắm bắt được trong quá trình dự cung, đặc biệt chú ý đến những tình tiết gỡ tội, tình tiết giảm nhẹ mà Điều tra viên vô tình hay cố ý bỏ qua hoặc hỏi lướt qua. Luật sư không nên tranh luận với bị can khi dự cung về quan điểm chính trị hay về những nội dung không liên quan đến vụ án, v.v..

- Theo các quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003, "quyền được hỏi" của Luật sư khi dự cung khá hạn chế. Luật sư chỉ "*được hỏi người bị tạm giữ, bị can và có mặt trong những hoạt động điều tra khác*" nếu Điều tra viên đồng ý (điểm a khoản 2 Điều 58 Bộ luật tố tụng hình sự 2003; điểm b khoản 1 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 cũng quy định tương tự). Vì vậy, để có thể được hỏi bị can sau khi Điều tra viên kết thúc buổi hỏi cung, Luật sư nên có văn bản đề xuất gửi thủ trưởng cơ quan điều tra trước khi tham gia buổi hỏi cung, tránh việc đưa ra đề xuất hỏi bị can tại buổi hỏi cung nhưng không được Điều tra viên đồng ý, vì việc bị từ chối trước mặt bị can sẽ tạo ra tâm lý hoang mang, thiếu tin tưởng của bị can đối với Luật sư, ảnh hưởng đến sự hợp

tác giữa bị can và Luật sư. Ngoài ra, khi Bộ luật hình sự năm 2015 có hiệu lực vào ngày 01-01-2018, Luật sư sẽ có thêm quyền được gặp, hỏi người bị buộc tội trong nhà tạm giữ, trại tạm giam theo quy định tại Điều 80 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015.

- Hiện nay, pháp luật tố tụng không có quy định Luật sư phải tham dự tất cả các buổi hỏi cung cũng như quy định về số buổi Luật sư được tham dự hỏi cung. Tùy theo tính chất phức tạp của từng vụ án, Luật sư cần chủ động lên kế hoạch và sắp xếp để có số buổi tham dự hỏi cung phù hợp. Tuy nhiên, đối với các tội thuộc nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia, nếu điều kiện cho phép, thì Luật sư nên có mặt trong tất cả các buổi hỏi cung. Đây không chỉ là điều kiện để Luật sư nắm đầy đủ, toàn diện các tình tiết của vụ án, phục vụ tốt cho việc bào chữa mà sự có mặt của Luật sư còn hỗ trợ cho việc hỏi cung được tiến hành một cách khách quan, đúng pháp luật, khắc phục tình trạng bị cáo bị ép cung, phản cung khi ra tòa.

Đối với các vụ án có chứng cứ cần tiến hành giám định hoặc cần tiến hành thực nghiệm điều tra, khám nghiệm hiện trường, Luật sư nên chủ động gửi văn bản đến cơ quan điều tra đề nghị được tham dự. Đây cũng là một nguồn để Luật sư khai thác thông tin, thu thập chứng cứ phục vụ cho việc bào chữa.

2. Các hoạt động trong giai đoạn truy tố, xét xử

a) Nghiên cứu hồ sơ:

Với các vụ án xâm phạm an ninh quốc gia cần giữ bí mật điều tra và có quyết định của Viện trưởng Viện kiểm sát để người bào chữa tham gia tố tụng, từ sau khi kết thúc điều tra, Luật sư mới được quyền "Đọc, ghi chép và sao chụp những tài liệu trong hồ sơ vụ án liên quan đến việc bào chữa" (điểm g khoản 2 Điều 58 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003, điểm l khoản 1 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 cũng quy định tương tự). Đây là hoạt động rất quan trọng, bởi thông qua việc nghiên cứu hồ sơ, Luật sư có điều kiện tiếp cận một cách đầy đủ với chứng cứ thu thập được trong giai đoạn điều tra để làm cơ sở

cho việc bào chữa. Ngoài việc tuân thủ các mục đích, yêu cầu cũng như các phương pháp khi nghiên cứu hồ sơ vụ án hình sự nói chung, khi nghiên cứu hồ sơ vụ án các tội thuộc nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia, Luật sư cần chú ý một số nội dung sau:

- Theo quy định tại Bộ luật hình sự năm 1999 thì có đến 7 tội trong nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia có mức hình phạt cao nhất là tử hình (còn theo quy định của Bộ luật hình sự năm 2015 thì có 6 tội trong nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia có mức hình phạt cao nhất là tử hình) nên khi tiếp cận hồ sơ vụ án, ngoài việc rà soát các quyết định tố tụng (lệnh bắt, khám xét, lệnh tạm giữ, lệnh tạm giam, các quyết định phê chuẩn của Viện kiểm sát, v.v.) để xem các hoạt động tố tụng có tuân thủ các quy định của pháp luật hay không, Luật sư cần chú ý đến những vụ án bắt buộc phải có Luật sư[1] cũng như việc thực hiện nghĩa vụ của Điều tra viên trong giải thích quyền, nghĩa vụ của bị can, quyền tự bào chữa và nhờ Luật sư bào chữa.

- Hồ sơ vụ án các tội phạm thuộc nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia thường có nhiều nội dung mang tính nhạy cảm, cần được bảo mật theo quy định của pháp luật. Do vậy, việc sao chụp, bảo quản và sử dụng các tài liệu này cần hết sức lưu ý, tránh để thất thoát hoặc phát tán ra ngoài.

- Cũng do tính chất nhạy cảm nên chứng cứ trong hồ sơ nhiều vụ án xâm phạm an ninh quốc gia có thể không được đưa hết vào hồ sơ vụ án. Vì vậy, khi nghiên cứu hồ sơ, Luật sư cần rà soát, so sánh và đánh giá các yếu tố cần và đủ của những chứng cứ được các cơ quan tiến hành tố tụng sử dụng để xác định trách nhiệm hình sự cho bị can, bị cáo để có phương án bào chữa phù hợp.

---

1. Điểm a khoản 2 Điều 57 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 quy định bị can, bị cáo về tội theo khung hình phạt có mức cao nhất là tử hình bắt buộc phải có Luật sư. Điểm a khoản 1 Điều 76 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 cũng quy định việc bắt buộc có Luật sư còn áp dụng đối với cả các trường hợp bị can, bị cáo về tội mà Bộ luật hình sự quy định mức cao nhất của khung hình phạt là 20 năm tù, tù chung thân, tử hình. Như vậy, tất cả 14 tội thuộc nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia đều bắt buộc phải có Luật sư tham gia bào chữa.

- Hầu hết các tội xâm phạm an ninh quốc gia đều có dấu hiệu bắt buộc trong cấu thành tội phạm là mục đích của người phạm tội, nhất là mục đích "nhằm chống chính quyền nhân dân", nên khi nghiên cứu hồ sơ, Luật sư cần tập trung nghiên cứu, xem xét, đánh giá các chứng cứ chứng minh mục đích phạm tội của người được bào chữa.

b) Gặp bị can, bị cáo trong trại tạm giam:

Sau khi kết thúc giai đoạn điều tra, việc Luật sư gặp bị can, bị cáo trong trại tạm giam có phần thuận lợi hơn (không cần có sự đồng ý của Điều tra viên hay đi cùng Điều tra viên vào trại tạm giam; việc hỏi bị can, bị cáo có thể không lệ thuộc vào sự đồng ý của Điều tra viên, v.v.). Vì vậy, Luật sư cần sớm bố trí để gặp bị can, bị cáo trong trại tạm giam để làm rõ các chứng cứ xác định trách nhiệm hình sự cho bị can, bị cáo, đồng thời trao đổi những nội dung chủ yếu sẽ bào chữa, hướng dẫn họ cách trình bày trước phiên tòa, nói lời nói cuối cùng, v.v.. Cần lưu ý, so với quy định tại điểm e khoản 2 Điều 58 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003, Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 mở rộng thêm quyền cho người bào chữa trong việc gặp, hỏi người bị buộc tội (điểm a khoản 1 Điều 73). Như vậy, ngoài việc gặp, hỏi như trước đây trong cuộc gặp do Điều tra viên tổ chức, Luật sư còn được chủ động gặp, hỏi người bị buộc tội để khai thác thêm thông tin trong các giai đoạn tố tụng. Việc gặp bị can, bị cáo trong trại tạm giam, ngoài việc tuân thủ đầy đủ nội quy nơi giam giữ, cần chú ý một số nội dung sau đây:

- Cần hỏi kỹ các tình tiết mà bị can, bị cáo đang bị quy kết như: Họ có thực hiện hành vi phạm tội không; Có bị ai xúi giục, kích động để thực hiện hành vi đó không; Mục đích của họ khi thực hiện hành vi đó là gì; Những lời khai của họ trước đó (khi không có mặt Luật sư) có đúng không, có do họ tự nguyện khai báo không; Nhân thân họ có những tình tiết giảm nhẹ nào không; v.v..

- Do thời gian mỗi lần gặp bị can, bị cáo bị giới hạn trong vòng một giờ (khoản 2 Điều 22 Nghị định 89/1998/NĐ-CP ngày 7-11-1998 của Chính phủ ban hành quy chế về tạm giữ, tạm giam được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 98/2002/NĐ-CP ngày 27-11-2002, sau đây gọi tắt

là Nghị định 89/1998/NĐ-CP) nên để việc hỏi bị can, bị cáo được tập trung, ngắn gọn và đầy đủ, Luật sư cần dự kiến trước những vấn đề sẽ làm việc với bị can, bị cáo, tập trung vào những chứng cứ buộc tội, gỡ tội, các tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ, v.v.

- Trong trường hợp bị can, bị cáo không thừa nhận hành vi phạm tội bị quy kết nhưng hồ sơ vụ án có đủ cơ sở để xác định họ phạm tội thì cần dành nhiều thời gian để trao đổi, phân tích, đánh giá các chứng cứ buộc tội để đạt được sự thống nhất; tránh tình trạng "trống đánh xuôi, kèn thổi ngược" tại phiên tòa khi bị cáo không nhận tội mà Luật sư lại xin giảm nhẹ, v.v..

- Không tranh luận với bị can, bị cáo về quan điểm chính trị hay về những nội dung không liên quan đến vụ án, v.v..

c) Chuẩn bị và công bố bài bào chữa:

Bài bào chữa là kết quả của quá trình nghiên cứu hồ sơ, gặp gỡ bị can, xét hỏi tại tòa, theo dõi diễn biến phiên tòa, v.v.. Vì vậy, để có bài trình bày quan điểm bào chữa phù hợp với diễn biến vụ án, bên cạnh những yêu cầu chung đối với một bài bào chữa cho các vụ án hình sự, bài bào chữa đối với những vụ án thuộc nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia nên chú ý một số nội dung sau đây:

- Bám sát vào các tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ vụ án; xem xét và đánh giá một cách khách quan, toàn diện các yếu tố pháp lý (các chứng cứ buộc tội, gỡ tội, các tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ trách nhiệm hình sự cho bị cáo, v.v., đặc biệt là các chứng cứ chứng minh mục đích phạm tội của bị cáo - một dấu hiệu bắt buộc trong nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia, cụ thể là cần chứng minh được các hành vi mà bị cáo đã thực hiện có nhằm chống chính quyền nhân dân hay không).

- Đặc biệt lưu ý đến hoàn cảnh, động cơ, mục đích phạm tội của bị cáo. Cần nêu rõ bị cáo phạm tội trong hoàn cảnh nào, có bị người khác đe dọa, lôi kéo hoặc xúi giục thực hiện hành vi phạm tội hay không, v.v.. Tuy nhiên, cũng không vì thế mà sa đà vào việc phân tích, trình bày mục đích, động cơ phạm tội của bị cáo một cách quá rộng.

- Không tiết lộ những nội dung thuộc bí mật Nhà nước mà Luật sư biết được khi thực hiện việc bào chữa. Trong trường hợp những nội dung đó liên quan đến việc buộc tội bị cáo thì có thể sử dụng, đề cập mang tính quan điểm, không nên công bố công khai tại phiên tòa. Luật sư có thể xem xét đưa các nội dung này vào bản kiến nghị (hoặc bản luận cứ) gửi riêng cho Hội đồng xét xử trước khi mở phiên tòa hoặc trước khi Hội đồng xét xử vào nghị án.

- Để Hội đồng xét xử có thể xem xét, đánh giá đầy đủ và chính xác các kiến nghị của Luật sư, sau khi trình bày quan điểm bào chữa, Luật sư nên gửi cho Hội đồng xét xử bản luận cứ và yêu cầu Thư ký đưa vào hồ sơ vụ án.

d) Tham gia phiên tòa:

Khi tham gia phiên tòa hình sự xét xử các tội thuộc nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia, Luật sư cần lưu ý một số nội dung như sau:

- Theo khoản 4 Điều 256 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, bị cáo đang bị tạm giam khi ra phiên tòa chỉ được tiếp xúc với người bào chữa. Tuy nhiên, đối với các vụ án xâm phạm an ninh quốc gia, công tác bảo vệ thường được lực lượng cảnh sát tư pháp làm nhiệm vụ dẫn giải tăng cường nghiêm ngặt dẫn đến điều kiện tiếp xúc giữa họ và Luật sư bị hạn chế. Vì vậy, khi gặp bị cáo trong trại tạm giam trước khi xét xử, Luật sư nên chủ động trao đổi những vấn đề cần nêu tại phiên tòa (những nội dung Luật sư sẽ trình bày, cách trả lời Hội đồng xét xử, bổ sung luận cứ bào chữa của Luật sư, nói lời nói cuối cùng, v.v.).

- Trong phần thủ tục bắt đầu phiên tòa, Luật sư cần chú ý đến sự có mặt của những người được triệu tập đến phiên tòa (theo danh sách được ghi trong Quyết định đưa vụ án ra xét xử); đặc biệt là sự có mặt của những người làm chứng (liên quan đến các tình tiết buộc tội hoặc gỡ tội cho bị cáo), của Giám định viên (đối với các vụ án có vật chứng cần giám định), v.v.. Ngoài ra, Luật sư cũng có thể kiến nghị Hội đồng xét xử triệu tập thêm những người làm chứng, đặc biệt là những người liên quan đến các tình tiết gỡ tội cho bị cáo; xem xét tình trạng sức khỏe

của bị cáo để kiến nghị với Hội đồng xét xử tạo điều kiện phù hợp cho bị cáo khi tham gia phiên tòa, v.v..

- Trong phần xét hỏi, cần chú ý các câu hỏi của đại diện Viện kiểm sát, câu trả lời của bị cáo, câu trả lời của những người làm chứng, v.v.. Ghi chép lại những nội dung cần đi sâu làm rõ để thuận tiện hơn trong phần xét hỏi.

- Lưu ý đến việc sử dụng và công bố tại phiên tòa những tài liệu, chứng cứ thuộc bí mật Nhà nước.

- Các bị cáo phạm tội xâm phạm an ninh quốc gia đa số là người có trình độ học vấn cao, thường có quan điểm, nhận thức khác biệt về chính trị, về những tồn tại xã hội mà Đảng và Nhà nước đang nỗ lực giải quyết. Do vậy khi tham gia xét hỏi, cần lưu ý không đặt những câu hỏi có tính chất khơi gợi hoặc vô tình tạo điều kiện cho bị cáo có những lời lẽ quá khích, thể hiện thái độ chống chế độ, gây bất lợi cho chính bị cáo và ảnh hưởng đến diễn biến phiên tòa. Nên chuẩn bị trước những vấn đề sẽ hỏi tại phiên tòa để sử dụng (trong trường hợp những nội dung đó chưa được Hội đồng xét xử hoặc đại diện Viện kiểm sát hỏi đến);

- Trong trường hợp có nhiều Luật sư cùng bào chữa cho một bị cáo thì cần có sự phân công cụ thể, Luật sư nào bào chữa nội dung gì, ai hỏi/phát biểu trước, v.v.. Khi tranh luận, cũng cần có sự phân công để mỗi Luật sư tranh luận về một số nội dung, tránh trùng lặp, nói lại cùng một vấn đề, v.v..

III. MỘT SỐ ĐIỂM LƯU Ý KHI BÀO CHỮA TỘI "TUYÊN TRUYỀN CHỐNG NHÀ NƯỚC CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM" VÀ TỘI "LỢI DỤNG CÁC QUYỀN TỰ DO DÂN CHỦ XÂM PHẠM LỢI ÍCH CỦA NHÀ NƯỚC, QUYỀN VÀ LỢI ÍCH HỢP PHÁP CỦA TỔ CHỨC, CÔNG DÂN"

Tội tuyên truyền chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (Điều 88 Bộ luật hình sự năm 1999, Điều 117 Bộ luật hình sự năm 2015) thuộc nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia quy định tại Chương XI Bộ luật hình sự năm 1999 (Chương XIII Bộ luật hình sự

năm 2015) còn *tội lợi dụng các quyền tự do dân chủ xâm phạm lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, công dân* (Điều 258 Bộ luật hình sự năm 1999, Điều 331 Bộ luật hình sự năm 2015) thuộc nhóm các tội xâm phạm trật tự quản lý hành chính quy định tại Chương XX Bộ luật hình sự năm 1999 (Chương XXII Bộ luật hình sự năm 2015). Đây là hai tội phạm riêng biệt, xâm phạm đến hai khách thể khác nhau, nhưng trên thực tế rất dễ có sự nhầm lẫn do có những yếu tố trong cấu thành tội phạm tương tự như nhau (cùng phạm tội do cố ý; người phạm tội có thể là bất kỳ người nào có năng lực chịu trách nhiệm hình sự), có hành vi thuộc mặt khách quan tương tự nhau.

1. Tội tuyên truyền chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam

Điều 88 Bộ luật hình sự năn 1999 quy định mặt khách quan của tội phạm thể hiện ở một trong những hành vi sau đây:

- "*Tuyên truyền xuyên tạc, phỉ báng chính quyền nhân dân*": Đây là hành vi xuyên tạc, đả kích các chủ trương, đường lối của Đảng và chính sách, pháp luật của Nhà nước trong các lĩnh vực quản lý kinh tế, quản lý xã hội, quản lý cán bộ, nói xấu lãnh tụ, v.v.. Người phạm tội có thể lợi dụng những hiện tượng tiêu cực trong xã hội, khoét sâu những khó khăn trước mắt, thổi phồng những khuyết điểm trong quản lý kinh tế, quản lý xã hội, làm cho người khác không tin vào chế độ, vào sự lãnh đạo của Đảng, sự quản lý, điều hành của bộ máy nhà nước.

- "*Tuyên truyền những luận điệu chiến tranh tâm lý, phao tin, bịa đặt gây hoang mang trong nhân dân*": Đây là hành vi sử dụng những luận điệu chiến tranh tâm lý để tuyên truyền, kích động, xuyên tạc, v.v.. đánh vào tâm lý của nhân dân, tạo ra sự sợ hãi, tư tưởng cầu an hoặc bịa đặt, tung tin thất thiệt gây hoang mang, nghi ngờ trong nhân dân. Hình thức tuyên truyền có thể là truyền miệng, phao tin, thông qua hội thảo, bài giảng, bài viết trên báo chí và các phương tiện truyền thông khác, v.v..

- "*Làm ra, tàng trữ, lưu hành các tài liệu, văn hóa phẩm có nội dung chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*". Đây là hành vi

sản xuất (viết, in vẽ, chụp ảnh, v.v..), cất giấu, lưu hành những sách, báo, phim, tranh, ảnh, thơ ca, truyền đơn, kịch bản và những văn hóa phẩm khác có nội dung chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Tội phạm này có khung hình phạt từ ba năm đến mười hai năm; phạm tội trong trường hợp đặc biệt nghiêm trọng thì bị phạt tù từ mười năm đến hai mươi năm.

Điều 117 Bộ luật hình sự năm 2015 khi quy định về mặt khách quan của tội phạm này có bổ sung mở rộng, quy định cụ thể hơn về hành vi phạm tội, bao gồm: Làm, tàng trữ, phát tán hoặc tuyên truyền, đồng thời bổ sung các đối tượng cả hành vi phạm tội bao gồm :Thông tin, tài liệu, vật phẩm.

2. Tội lợi dụng các quyền tự do dân chủ xâm phạm lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, công dân

Hành vi khách quan của tội phạm này tại Điều 258 Bộ luật hình sự năm 1999 được mô tả ngắn gọn hơn, đó là hành vi lợi dụng các quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí, tự do tín ngưỡng, tôn giáo, tự do hội họp, lập hội và các quyền tự do dân chủ khác để xâm phạm lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, công dân. Tuy nhiên, cho đến nay, các cơ quan có thẩm quyền cũng chưa có giải thích, hướng dẫn cụ thể thế nào là hành vi lợi dụng; những biểu hiện cụ thể của hành vi lợi dụng là gì, v.v..

Mặc dù vậy, qua một số vụ án, *lợi dụng các quyền tự do dân chủ xâm phạm lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, công dân* bị khởi tố trong thời gian qua có thể thấy, các bị can bị khởi tố về tội danh này đều thực hiện những hành vi được mô tả trong cấu thành tội tuyên truyền chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam như "*Tuyên truyền xuyên tạc, phỉ báng chính quyền nhân dân*" hay "*Tuyên truyền những luận điệu chiến tranh tâm lý, phao tin, bịa đặt gây hoang mang trong nhân dân*" thông qua các hành vi cụ thể như xuyên tạc, đả kích các chủ trương, chính sách, đường lối và pháp luật của Nhà nước, lợi dụng những hiện tượng tiêu cực, khoét sâu những khó khăn trước mắt,

thổi phồng những khuyết điểm trong quản lý kinh tế, quản lý xã hội; tuyên truyền, kích động, xuyên tạc hoặc bịa đặt, tung tin thất thiệt, v.v..

Tội phạm này có mức hình phạt nhẹ hơn tội tuyên truyền chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là từ phạt cảnh cáo, cải tạo không giam giữ đến ba năm hoặc phạt tù từ sáu tháng đến ba năm; phạm tội trong trường hợp đặc biệt nghiêm trọng thì bị phạt tù từ hai năm đến bảy năm.

Điều 331 Bộ luật hình sự năm 2015 cũng quy định tương tự đối với tội danh này.

3. Những vấn đề cần lưu ý khi bào chữa

Do có những yếu tố trong cấu thành tội phạm tương tự như nhau, đặc biệt là các hành vi thuộc mặt khách quan nên khi bào chữa cho khách hàng bị khởi tố, truy tố về tội tuyên truyền chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, Luật sư cần đặc biệt lưu ý đến mục đích phạm tội của bị can, bị cáo. Dấu hiệu bắt buộc trong cấu thành tội phạm của tội tuyên truyền chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là mục đích "nhằm chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam". Cơ quan điều tra có nghĩa vụ chứng minh dấu hiệu này.

Để đánh giá hành vi của bị can, bị cáo được thực hiện có mục đích "nhằm chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam" hay không, Luật sư cần chú ý đến các tình tiết sau:

- Lịch sử gia đình hoặc quá trình hoạt động của bị can, bị cáo có yếu tố nào dẫn đến việc họ có sự bất mãn hoặc chống đối Nhà nước không?

- Họ có liên lạc, nhận tiền, tài liệu phương tiện hoạt động của nước ngoài để thực hiện các hành vi tuyên truyền không.

- Những hành vi họ thực hiện xuất phát từ động cơ gì. Do nhận thức chưa đúng đắn hay do bị kích động, lôi kéo.

- Trong trường hợp hồ sơ không thể hiện rõ các căn cứ chứng minh hành vi của bị can, bị cáo được thực hiện có mục đích "nhằm chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam", Luật sư cần thu thập

chứng cứ (nếu có thể), đề xuất với cơ quan điều tra tiếp tục điều tra làm rõ. Nếu không thể chứng minh được mục đích "nhằm chống Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam" của bị can, bị cáo thì không thể quy kết họ phạm tội này.

Điểm cần lưu ý là, trong Bộ luật hình sự năm 1999 còn có hai tội có dấu hiệu tương tự về mặt khách quan: *Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân* (Điều 84) và *Tội khủng bố* (Điều 230a). Bộ luật hình sự năm 2015 cũng quy định tương tự về hai tội phạm này lần lượt tại các Điều 113 và Điều 299. Hai tội này có hành vi khách quan tương tự như nhau nhưng khác nhau về mục đích phạm tội. Tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân có mục đích "*nhằm chống chính quyền nhân dân*" quy định ngay trong tội danh; còn tội khủng bố quy định mục đích phạm tội trong cấu thành là "*nhằm gây ra tình trạng hoảng sợ trong công chúng*". Do vậy, khi bào chữa cho khách hàng bị khởi tố hoặc truy tố về tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân, Luật sư cũng cần lưu ý đến mục đích phạm tội của bị can, bị cáo. Dấu hiệu bắt buộc trong cấu thành của tội phạm này là mục đích "nhằm chống chính quyền nhân dân". Nếu không chứng minh được mục đích "nhằm chống chính quyền nhân dân" của bị can, bị cáo thì không thể quy kết họ phạm tội này.

Mặt khác, trong quá trình tham gia bào chữa cho một số tội danh xâm phạm an ninh quốc gia, các cơ quan tiến hành tố tụng thường thu thập tài liệu, bài viết, hình ảnh mà người bị buộc tội đã phát tán trên mạng, lưu giữ trong máy tính, USB, v.v.. Khi gặp các trường hợp này, Luật sư cần kiểm tra thủ tục thu giữ, mở niêm phong, tiến hành trưng cầu giám định của cơ quan chức năng có thẩm quyền để xem xét, đánh giá việc quy buộc hành vi và nhận thức chủ quan thông qua việc biên soạn, phát tán tài liệu chống Nhà nước có căn cứ hay không.

Chương 6
KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG VIỆC BÀO CHỮA, BẢO VỆ QUYỀN LỢI HỢP PHÁP CHO NGƯỜI DƯỚI 18 TUỔI

I. CÁC VĂN BẢN PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH

Trong quá trình tham gia hành nghề trong vụ án hình sự, Luật sư có thể tham gia bào chữa cho người dưới 18 tuổi khi họ thực hiện hành vi phạm tội hoặc tham gia bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho người dưới 18 tuổi khi họ là người bị hại/đương sự trong vụ án hình sự. Trong bất kỳ phạm vi hành nghề nào, Luật sư cũng cần nghiên cứu các văn bản pháp luật sau để nắm được các chủ trương, đường lối của Đảng, chính sách, và pháp luật của Nhà nước điều chỉnh các quan hệ liên quan đến nhóm đối tượng người dưới 18 tuổi. Bao gồm:

Bộ luật dân sự năm 2015, có hiệu lực từ ngày 01-01-2017, cụ thể, Điều 21 quy định người chưa thành niên là người dưới 18 tuổi. Bộ luật dân sự là bộ luật chung điều chỉnh các quan hệ dân sự. Luật khác có liên quan điều chỉnh quan hệ dân sự trong các lĩnh vực cụ thể không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 Bộ luật dân sự năm 2015. Trường hợp văn bản luật khác có liên quan không quy định hoặc có quy định nhưng trái với khoản 2 Điều 4 Bộ luật dân sự năm 2015 thì quy định của Bộ luật dân sự được ưu tiên áp dụng. Trường hợp có sự khác nhau giữa quy định của Bộ luật dân sự năm 2015 và điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên về cùng một vấn đề thì

áp dụng quy định của điều ước quốc tế. Ngoài ra, áp dụng tập quán và áp dụng tương tự pháp luật cũng được quy định tại Điều 5, Điều 6 Bộ luật dân sự năm 2015.

Công ước của Liên hợp quốc về quyền trẻ em (Unite Nations Convention on the Rights of the Child) được Đại hội đồng Liên hợp quốc thông qua ngày 20-11-1989 xác định trẻ em là người dưới 18 tuổi, trừ trường hợp luật pháp của các nước quy định thấp hơn.

Luật trẻ em năm 2016 có hiệu lực từ ngày 01-6-2017 xác định trẻ em là người dưới 16 tuổi (Điều 1).

Bộ luật hình sự năm 1999 và *Bộ luật hình sự năm 2015* (có hiệu lực từ ngày 01-01-2018) đều quy định về độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự. Cụ thể, tuổi chịu trách nhiệm hình sự hạn chế của cá nhân là từ đủ 14 đến dưới 16 tuổi và tuổi chịu trách nhiệm hình sự đầy đủ là từ đủ 16 tuổi trở lên. Đồng thời, Bộ luật hình sự năm 1999 cũng dành Chương X để quy định về những nguyên tắc và quy định xử lý đối với người chưa thành niên phạm tội (tương ứng với đó là Chương XII Bộ luật hình sự năm 2015 quy định về người dưới 18 tuổi phạm tội).

Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 và *Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015* (có hiệu lực thi hành từ ngày 01-01-2018) đều có chương riêng quy định về vấn đề này. Cụ thể, Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 quy định *Thủ tục tố tụng với người chưa thành niên* (Chương XXXII), Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định *Thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi* (Chương XXVIII). Ngoài ra, Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 đã bổ sung một chương mới là Chương V về *Bào chữa, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại, đương sự*, tổng hợp các quy định có liên quan đến quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của người bào chữa, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức trên cơ sở pháp điển hóa các Điều 56, 57, 58, 59 của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 và các văn bản hướng dẫn thi hành liên quan. Qua đó, Luật sư khi tham gia trong vụ án hình sự nắm bắt được các công việc bị cấm, các công việc phải làm hoặc được làm.

II. QUY ĐỊNH VỀ TUỔI CHỊU TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ VÀ XỬ LÝ HÌNH SỰ ĐỐI VỚI NGƯỜI DƯỚI 18 TUỔI PHẠM TỘI

1. Quy định về độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự

Điều 12 Bộ luật hình sự năm 1999 và Bộ luật hình sự năm 2015 quy định về tuổi chịu trách nhiệm hình sự đều quy định người từ đủ 16 tuổi trở lên phải chịu trách nhiệm hình sự về mọi tội phạm, trừ những tội phạm mà Bộ luật hình sự quy định khác. Tuy nhiên, đối với người từ đủ 14 tuổi trở lên nhưng chưa đủ 16 tuổi, giới hạn trách nhiệm hình sự của họ có sự thay đổi theo quy định của Bộ luật hình sự năm 2015.

Khoản 2 Điều 22 Bộ luật hình sự năm 1999 quy định người từ đủ 14 tuổi trở lên nhưng chưa đủ 16 tuổi phải chịu trách nhiệm hình sự về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý và tội phạm đặc biệt nghiêm trọng. Trong khi đó, Bộ luật hình sự năm 2015 xác định: Người từ đủ 14 tuổi trở lên, nhưng chưa đủ 16 tuổi chỉ phải chịu trách nhiệm hình sự về tội phạm rất nghiêm trọng, tội phạm đặc biệt nghiêm trọng được quy định tại một trong các điều 123, 134, 141, 142, 143, 144, 150, 151, 168, 169, 170, 171, 173, 178, 248, 249, 250, 251, 252, 265, 266, 286, 287, 289, 290, 299, 303 và 304.

2. Quy định của Bộ luật hình sự về xử lý hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội

Quy định này được đặt ra dựa trên sự phát triển tâm sinh lý của lứa tuổi chưa thành niên. Cụ thể, ở độ tuổi này, người chưa thành niên nhìn chung chưa có sự phát triển đầy đủ về nhận thức (nhận thức về mức độ nguy hiểm của hành vi, sự kiềm chế, tính tự lập, hiểu biết pháp luật, v.v..), tâm lý, sinh lý do vậy họ dễ bị dụ dỗ, kích động, bị lợi dụng để phạm tội. Do đó, khi những đối tượng ở độ tuổi này phạm tội, Nhà nước sẽ có những nguyên tắc, cách thức xử lý phù hợp mang tính giáo dục cao để người phạm tội nhận ra sai lầm của mình và cải tạo tốt hơn. Trên tinh thần đó, Bộ luật hình sự năm 1999 và Bộ luật hình sự năm 2015 đều quy định chương riêng để áp dụng xử lý đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Theo đó, khi xử lý trách nhiệm hình sự đối với người

từ đủ 14 tuổi đến dưới 18 tuổi thì áp dụng các quy định tại chương riêng và những quy định khác trong Phần thứ nhất (Phần chung) của Bộ luật hình sự mà không trái với quy định của chương riêng này. Trong khi Bộ luật hình sự năm 1999 gọi chủ thể này là người chưa thành niên phạm tội, Bộ luật hình sự năm 2015 gọi họ là người dưới 18 tuổi phạm tội.

Các nguyên tắc khi xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội được quy định tại Điều 69 Bộ luật hình sự năm 1999 (Điều 91 Bộ luật hình sự năm 2015), với mục đích *chủ yếu là giáo dục, giúp đỡ họ sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh và trở thành công dân có ích cho xã hội*. Do đó, việc xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội phải căn cứ vào độ tuổi, khả năng nhận thức của họ về tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội, nguyên nhân và điều kiện gây ra tội phạm. Cụ thể:

- Người dưới 18 tuổi phạm một số tội, khi có nhiều tình tiết giảm nhẹ, tự nguyện khắc phục phần lớn hậu quả thì có thể được miễn trách nhiệm hình sự và được áp dụng các biện pháp mang tính chất thay thế cho hình phạt, gọi chung là biện pháp tư pháp (Điều 70 Bộ luật hình sự năm 1999, Mục 2, 3 Chương XII Bộ luật hình sự năm 2015).

- Việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội chỉ được áp dụng trong trường hợp cần thiết và phải căn cứ vào những đặc điểm về nhân thân của họ, tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội và yêu cầu của việc phòng ngừa tội phạm.

- Khi xét xử, Tòa án chỉ áp dụng hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội nếu xét thấy việc miễn trách nhiệm hình sự và áp dụng một trong các biện pháp tư pháp theo quy định của khoản 4 Điều 69 và Điều 70 Bộ luật hình sự năm 1999 (các biện pháp giám sát, giáo dục áp dụng trong trường hợp được miễn trách nhiệm hình sự quy định tại Mục 2 hoặc việc áp dụng biện pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng quy định tại Mục 3 Chương XII Bộ luật hình sự năm 2015) không bảo đảm hiệu quả giáo dục, phòng ngừa.

- Không xử phạt tù chung thân hoặc tử hình đối với người dưới 18 tuổi phạm tội theo quy định tại khoản 5 Điều 69 Bộ luật hình sự năm 1999 (khoản 5 Điều 91 Bộ luật hình sự năm 2015).

- Khi xử phạt tù có thời hạn, Tòa án cho người dưới 18 tuổi phạm tội được hưởng mức án nhẹ hơn mức án áp dụng đối với người đủ 18 tuổi trở lên phạm tội tương ứng và với thời hạn thích hợp ngắn nhất theo quy định tại khoản 6 Điều 91 Bộ luật hình sự năm 2015.

- Không áp dụng hình phạt bổ sung đối với người dưới 18 tuổi phạm tội theo quy định tại khoản 5 Điều 69 Bộ luật hình sự năm 1999 (khoản 6 Điều 91 Bộ luật hình sự năm 2015).

- Án đã tuyên đối với người chưa đủ 16 tuổi phạm tội thì không tính để xác định tái phạm hoặc tái phạm nguy hiểm theo quy định tại khoản 6 Điều 69 Bộ luật hình sự năm 1999 (khoản 7 Điều 91 Bộ luật hình sự năm 2015).

Như vậy, việc xét xử người dưới 18 tuổi phạm tội phải bảo đảm sự công bằng và quyền lợi của họ, hướng dẫn họ chịu trách nhiệm đối với hành vi mình gây ra, tạo cơ hội để họ tránh mắc phải sai phạm tương tự trong tương lai và chấp hành đúng pháp luật.

3. Quy định về thủ tục tố tụng đối với các vụ án hình sự có người dưới 18 tuổi tham gia

a) Về phạm vi và nguyên tắc tiến hành tố tụng đối với người dưới 18 tuổi:

*Về phạm vi áp dụn*g: Theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 thì phạm vi áp dụng thủ tục tố tụng đối với người chưa thành niên chỉ đối với các đối tượng là người bị bắt, bị tạm giữ, bị can, bị cáo chưa đủ 18 tuổi. Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 mở rộng phạm vi áp dụng không chỉ đối với người bị buộc tội[1] mà còn áp dụng đối với người bị hại, người làm chứng là người dưới 18 tuổi. Tức là những người dưới 18 tuổi trực tiếp bị thiệt hại về thể chất, tinh thần hoặc tài sản; hoặc biết được những tình tiết liên quan đến nguồn tin về tội phạm, về vụ án và được cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng triệu tập đến làm chứng đều là đối tượng được điều chỉnh, quy định.

1. Khái niệm người bị buộc tội quy định tại điểm đ khoản 1 Điều 4 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 bao gồm: người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo.

Về nguyên tắc tiến hành tố tụng: Nguyên tắc áp dụng đối với những người dưới 18 tuổi cũng được Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định cụ thể hơn tại Điều 414. Đó là:

- Bảo đảm thủ tục tố tụng thân thiện, phù hợp với tâm lý, lứa tuổi, mức độ trưởng thành, khả năng nhận thức của người dưới 18 tuổi; bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của người dưới 18 tuổi; bảo đảm lợi ích tốt nhất của người dưới 18 tuổi;

- Bảo đảm giữ bí mật cá nhân của người dưới 18 tuổi;

- Bảo đảm quyền tham gia tố tụng của người đại diện của người dưới 18 tuổi, nhà trường, Đoàn Thanh niên, người có kinh nghiệm, hiểu biết về tâm lý, xã hội, tổ chức khác nơi người dưới 18 tuổi học tập, lao động và sinh hoạt;

- Tôn trọng quyền được tham gia, trình bày ý kiến của người dưới 18 tuổi;

- Bảo đảm quyền bào chữa, quyền được trợ giúp pháp lý của người dưới 18 tuổi;

- Bảo đảm các nguyên tắc xử lý của Bộ luật hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội;

- Bảo đảm giải quyết nhanh chóng, kịp thời các vụ án liên quan đến người dưới 18 tuổi.

Theo quy định trên, Luật sư có thể tham gia tố tụng với tư cách là người bào chữa cho người dưới 18 tuổi thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội đang bị các cơ quan tiến hành tố tụng điều tra, truy tố, xét xử hoặc với tư cách là người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho người dưới 18 tuổi là người bị hại hoặc là người làm chứng. Sự tham gia của Luật sư trong trường hợp này được bảo đảm bởi pháp luật. Nếu tham gia tố tụng, bản thân Luật sư cũng phải tuân thủ các nguyên tắc tố tụng trên, đồng thời cũng cần có những kinh nghiệm nghề nghiệp khi tham gia các vụ án liên quan đến người dưới 18 tuổi, có hiểu biết cần thiết về tâm lý học, khoa học giáo dục đối với người dưới 18 tuổi.

b) Việc xác định độ tuổi của người bị buộc tội, người bị hại là người dưới 18 tuổi:

Việc xác định độ tuổi của người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi rất quan trọng. Trong một số trường hợp, độ tuổi của người bị buộc tội quyết định việc họ có phải chịu trách nhiệm hình sự hay không. Độ tuổi của người bị hại cũng có thể quyết định tội danh, khung hình phạt của người phạm tội, đồng thời cũng quyết định thẩm quyền xét xử của Tòa án. Ví dụ, người từ đủ 14 tuổi trở lên nhưng chưa đủ 16 tuổi chỉ phải chịu trách nhiệm hình sự đối với các tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý hoặc đặc biệt nghiêm trọng theo quy định của Bộ luật hình sự năm 1999 (với tội phạm rất nghiêm trọng và đặc biệt nghiêm trọng quy định tại khoản 2 Điều 12 Bộ luật hình sự năm 2015). Mọi hành vi giao cấu với trẻ em chưa đủ 13 tuổi đều là hiếp dâm trẻ em; mua bán người dưới 16 tuổi là mua bán trẻ em, v.v..

Luật sư cần chú ý phân biệt độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự và độ tuổi của người tham gia tố tụng hình sự. Độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự là tuổi được xác định vào thời điểm người đó thực hiện hành vi mà Bộ luật hình sự quy định là tội phạm. Độ tuổi tham gia tố tụng hình sự là độ tuổi được xác định vào thời điểm người đó tham gia tố tụng hình sự (vào bất kỳ giai đoạn nào). Ví dụ, một người bị buộc tội thực hiện hành vi phạm tội lúc họ 15 tuổi nhưng khi vụ án được phát giác và bị khởi tố điều tra thì họ đã 19 tuổi. Trường hợp này, trình tự tố tụng hình sự được áp dụng là thủ tục bình thường nhưng trách nhiệm hình sự thì được xem xét là trách nhiệm hình sự của người dưới 18 tuổi phạm tội.

Nguyên tắc xác định tuổi của người bị buộc tội, người bị hại được quy định tại Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐTBXH ngày 12-7-2011 của Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tối cao, Bộ Công an, Bộ Tư pháp, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội hướng dẫn thi hành Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 về thủ tục tố tụng đối với người tham gia tố tụng là người chưa thành niên (Sau đây gọi tắt là Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐTBXH). Người chưa thành niên là

người chưa phát triển đầy đủ về thể chất và tinh thần, là những đối tượng dễ bị tổn thương, đặc biệt là khi tham gia tố tụng trong quá trình giải quyết các vụ án. Do đó, tùy theo lứa tuổi, mức độ trưởng thành và nhu cầu cá nhân mà họ cần được bảo vệ theo đúng quy định của pháp luật khi tham gia tố tụng hình sự. Việc xác định độ tuổi được quy định tại Điều 6 Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐTBXH và được đưa vào nội dung trong Điều 417 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Theo đó, độ tuổi của bị buộc tội, người bị hại được tính chính xác đến đơn vị ngày. Nếu không rõ ngày của họ thì phải tính vào ngày cuối của tháng, nếu không rõ tháng thì phải tính vào tháng cuối của năm. Khi chưa có đầy đủ chứng cứ về độ tuổi thì Viện kiểm sát cũng như Tòa án phải yêu cầu cơ quan điều tra làm rõ (Ví dụ, chứng cứ giấy khai sinh phản ánh sự khác nhau về ngày tháng năm sinh).

c) Yêu cầu đối với người tiến hành tố tụng hình sự những vụ án có sự tham gia của người dưới 18 tuổi:

Pháp luật đòi hỏi những người tiến hành tố tụng hình sự trong các vụ án có người dưới 18 tuổi phải là những người đã được đào tạo hoặc có kinh nghiệm về điều tra, truy tố, xét xử đối với người dưới 18 tuổi hoặc người có hiểu biết cần thiết về tâm lý học, khoa học giáo dục cũng như về hoạt động đấu tranh phòng, chống tội phạm liên quan đến người dưới 18 tuổi (Điều 4 Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐTBXH, Điều 415 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015). Đồng thời, yêu cầu khi tiến hành điều tra, truy tố và xét xử cần phải xác định rõ: Tuổi, trình độ phát triển về thể chất và tinh thần; mức độ nhận thức về hành vi phạm tội của người dưới 18 tuổi; hoàn cảnh xuất thân của người dưới 18 tuổi (điều kiện sinh sống và giáo dục); hoàn cảnh phạm tội (có hay không có người thành niên xúi giục, nguyên nhân và điều kiện phạm tội), v.v..

Việc hiểu rõ đặc điểm thể chất, tâm sinh lý của người dưới 18 tuổi phạm tội trong một vụ án hình sự có ý nghĩa rất quan trọng. Muốn cho hoạt động tố tụng có hiệu quả đối với những vụ án có người bị buộc tội, người bị hại và người làm chứng là người dưới 18 tuổi thì điều kiện cần

trước tiên là Luật sư và những người tiến hành tố tụng phải nắm vững được đặc điểm tâm lý lứa tuổi, khoa học giáo dục cũng như về hoạt động đấu tranh phòng, chống tội phạm dưới 18 tuổi.

Từ khi mới sinh ra, con người đã phải trải qua các giai đoạn phát triển khác nhau để đạt được sự trưởng thành với sự phát triển toàn diện về thể chất cũng như tinh thần. Người chưa đủ 18 tuổi là người chưa thành niên, đang trong giai đoạn của quá trình phát triển. Trong giai đoạn này, cùng với sự phát triển mạnh mẽ của cơ thể, đời sống tâm lý, tinh thần cũng có những thay đổi sâu sắc, đặc biệt là tâm lý muốn khẳng định cái “tôi”, muốn được người khác chấp nhận. Nhìn chung, đối tượng ở lứa tuổi này chịu sự tác động rất nhiều từ môi trường sống chung quanh. Sự phát triển về nhân cách và sự hình thành các phẩm chất thuộc về nhân thân của họ chịu sự chi phối có tính chất quyết định bởi sự giáo dục của gia đình, nhà trường, xã hội. Để bảo đảm quyền lợi cho họ pháp luật bắt buộc những người tiến hành tố tụng hình sự phải có hiểu biết về lứa tuổi này. Từ đó, việc đánh giá tính chất nguy hiểm của hành vi phạm tội, đánh giá những thông tin có được về vụ án mới bảo đảm tính khách quan, công bằng.

d) Về xu hướng áp dụng biện pháp cưỡng chế, biện pháp ngăn chặn:

Các biện pháp cưỡng chế, biện pháp ngăn chặn tác động đến các quyền và lợi ích thiết thân của con người nên việc áp dụng trong những điều kiện cụ thể theo quy định của pháp luật. Đối với người dưới 18 tuổi thực hiện hành vi phạm tội, những điều kiện này đòi hỏi nghiêm ngặt hơn. Điều 303 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 và Điều 8 Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐTBXH quy định cụ thể về việc áp dụng biện pháp ngăn chặn với người chưa thành niên phạm tội, Điều 419 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 mở rộng quy định này về việc áp dụng biện pháp ngăn chặn và biện pháp cưỡng chế khác của tố tụng hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Cụ thể:

- Chỉ áp dụng biện pháp ngăn chặn, biện pháp áp giải đối với người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi trong trường hợp thật cần thiết;

- Chỉ áp dụng biện pháp tạm giữ, tạm giam đối với người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi khi có căn cứ cho rằng việc áp dụng biện pháp giám sát và các biện pháp ngăn chặn khác không hiệu quả. Thời hạn tạm giam đối với người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi bằng *hai phần ba* thời hạn tạm giam đối với người đủ 18 tuổi trở lên quy định tại Bộ luật tố tụng hình sự. Khi không còn căn cứ để tạm giữ, tạm giam thì cơ quan, người có thẩm quyền phải kịp thời hủy bỏ, thay thế bằng biện pháp ngăn chặn khác;

- Người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi có thể bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, bị bắt, tạm giữ, tạm giam về tội phạm quy định tại khoản 2 Điều 12 Bộ luật hình sự năm 2015 nếu có căn cứ quy định tại các Điều 110, 111 và 112, các điểm a, b, c, d và đ khoản 2 Điều 119 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015;

- Người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi có thể bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, bị bắt, tạm giữ, tạm giam về tội nghiêm trọng do cố ý, tội rất nghiêm trọng, tội đặc biệt nghiêm trọng nếu có căn cứ quy định tại các Điều 110, 111 và 112, các điểm a, b, c, d và đ khoản 2 Điều 119 của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015;

- Đối với bị can, bị cáo từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử về tội nghiêm trọng do vô ý, tội ít nghiêm trọng mà Bộ luật hình sự năm 2015 quy định hình phạt tù đến 02 năm thì có thể bị bắt, tạm giữ, tạm giam nếu họ tiếp tục phạm tội, bỏ trốn và bị bắt theo quyết định truy nã;

- Trong thời hạn 24 giờ kể từ khi giữ người trong trường hợp khẩn cấp, bắt, tạm giữ, tạm giam, người ra lệnh giữ, lệnh hoặc quyết định bắt, tạm giữ, tạm giam người dưới 18 tuổi phải thông báo cho người đại diện của họ biết.

Ngoài ra, Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐTBXH còn quy định đối với người chưa thành niên đã áp dụng biện pháp ngăn chặn tạm giữ, tạm giam, cơ quan tiến hành tố tụng phải thường xuyên theo dõi, kiểm tra và khi xét thấy không còn cần thiết áp dụng biện pháp ngăn chặn đó thì kịp thời hủy bỏ hoặc thay thế

bằng các biện pháp ngăn chặn khác không hạn chế tự do đối với họ. Khi bắt giữ người chưa thành niên phạm tội, trong trường hợp cần thiết phải sử dụng vũ lực thì việc sử dụng vũ lực phải theo đúng quy định của pháp luật và chỉ ở mức độ đủ để kiểm soát người chưa thành niên phạm tội. Khi áp dụng các biện pháp ngăn chặn tạm giữ, tạm giam đối với người chưa thành niên phạm tội, cơ quan tiến hành tố tụng cần hạn chế việc gia hạn thời hạn tạm giữ, tạm giam. Người chưa thành niên phải được tạm giữ, tạm giam riêng, không được giam giữ chung với người đã thành niên. Khi xét thấy người chưa thành niên phạm tội có biểu hiện hoang mang, lo lắng có thể dẫn đến hành vi tiêu cực thì cơ quan điều tra yêu cầu cơ sở giam giữ áp dụng các biện pháp phù hợp để tránh hậu quả xấu có thể xảy ra. Chế độ tạm giữ, tạm giam người chưa thành niên phạm tội phải được bảo đảm theo đúng quy định của pháp luật.

4. Kỹ năng của Luật sư tham gia tố tụng bào chữa, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho người dưới 18 tuổi

Theo quy định của Luật luật sư và pháp luật tố tụng hình sự, Luật sư có thể tham gia tố tụng để bào chữa cho người dưới 18 tuổi phạm tội theo quy định tại khoản 2 Điều 57, Điều 58, Điều 305 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 (Điều 76 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015) và Điều 9 Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐTBXH.

Trước tiên, Luật sư cần nắm vững những quy định này khi tham gia vào vụ án hình sự để bào chữa cho người dưới 18 tuổi:

Sự tham gia của người bào chữa tham gia tố tụng trong các vụ án có bị can, bị cáo là người dưới 18 tuổi là bắt buộc. Mọi trường hợp không có người bào chữa tham gia tố tụng trong các vụ án có bị can, bị cáo là người dưới 18 tuổi phạm tội là vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng, trừ trường hợp họ hoặc người đại diện hợp pháp của họ từ chối người bào chữa. Người bào chữa có thể là: Luật sư; người đại diện hợp pháp của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo; bào chữa viên nhân dân trợ giúp viên pháp lý;

Khi giao quyết định tạm giữ hoặc quyết định khởi tố bị can, cơ quan ra quyết định phải thông báo cho người bị tạm giữ, bị can là người dưới 18 tuổi và người đại diện hợp pháp của họ về quyền có người bào chữa.

Người đại diện hợp pháp của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo là người dưới 18 tuổi có thể lựa chọn người bào chữa theo quy định của pháp luật hoặc tự mình bào chữa cho người bị tạm giữ, bị can, bị cáo.

Trường hợp bị can, bị cáo là người dưới 18 tuổi hoặc người đại diện hợp pháp của họ không lựa chọn được người bào chữa thì cơ quan điều tra, Viện kiểm sát hoặc Tòa án phải yêu cầu Đoàn Luật sư phân công Văn phòng Luật sư cử người bào chữa cho họ hoặc đề nghị Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, tổ chức thành viên của Mặt trận cử người bào chữa cho thành viên của tổ chức mình, trừ trường hợp người dưới 18 tuổi hoặc người đại diện hợp pháp của họ từ chối.

Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát hoặc Tòa án phải đề nghị Tổ chức thực hiện trợ giúp pháp lý thực hiện trợ giúp pháp lý cho bị can, bị cáo là trẻ em không nơi nương tựa và có thể đề nghị trợ giúp pháp lý cho bị can, bị cáo là người dưới 18 tuổi thuộc diện trợ giúp pháp lý khác.

Trường hợp bị can, bị cáo hoặc người đại diện hợp pháp của họ từ chối người bào chữa thì phải lập biên bản lưu trong hồ sơ vụ án.

Cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng phải tạo điều kiện cho người bào chữa thực hiện quyền tiếp xúc, gặp gỡ với bị can, bị cáo là người dưới 18 tuổi theo quy định của pháp luật.

Các kỹ năng hành nghề của Luật sư khi tham gia tố tụng hình sự những vụ án có người dưới 18 tuổi tham gia trước tiên phải bảo đảm những quy định mang tính chất chung như trong các vụ án thông thường. Ngoài ra, vì những yêu cầu đặc thù của các vụ án hình sự có người dưới 18 tuổi tham gia nên Luật sư cần chú ý những nội dung sau:

a) Thủ tục đăng ký bào chữa, bảo vệ quyền lợi:

Sự tham gia của Luật sư để bào chữa, bảo vệ quyền lợi cho người dưới 18 tuổi trong vụ án hình sự là bắt buộc nhưng thực tế, Luật sư có thể tham gia khi được yêu cầu hoặc được chỉ định. Các quy định chung

về thủ tục Luật sư đăng ký bào chữa được quy định cụ thể tại Điều 78 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Trước khi Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 có hiệu lực (01-01-2018) thì vẫn tiếp tục thực hiện theo Điều 56 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 và Thông tư số 70/2011/TT-BCA. Khi áp dụng các quy định này, cần lưu ý:

Nếu tham gia khi có người yêu cầu (mời Luật sư) thì Luật sư cần nắm rõ người yêu cầu là những đối tượng nào mới thuộc diện người được quyền yêu cầu tham gia bào chữa hay bảo vệ quyền lợi cho người dưới 18 tuổi theo đúng quy định pháp luật. Từ Điều 136 Bộ luật dân sự năm 2015 có thể thấy, đại diện theo pháp luật của người chưa đủ 18 tuổi bao gồm: (1) Cha, mẹ; (2) Người giám hộ của người dưới 18 tuổi trong trường hợp họ không còn cha, mẹ hoặc không xác định được cha mẹ theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 47 Bộ luật hình sự năm 2015; hoặc (3) Người do Tòa án chỉ định trong trường hợp không xác định được người đại diện theo hai trường hợp (1) và (2) nêu trên. Do vậy trong các trường hợp này, người yêu cầu làm văn bản yêu cầu (mời Luật sư) và có những tài liệu xác nhận về tư cách nhân thân của họ (trong quan hệ với người dưới 18 tuổi). Ngoài ra, pháp luật cũng cho phép người thân thích[1] được quyền yêu cầu Luật sư tham gia bào chữa cho người chưa thành niên.

Nếu Luật sư tham gia theo sự chỉ định thì cần có văn bản cử Luật sư của tổ chức hành nghề nơi Luật sư đăng ký hành nghề hoặc văn bản phân công của Đoàn Luật sư đối với Luật sư hành nghề với tư cách cá nhân. Thực tế, chỉ khi người chưa thành niên, người đại diện của người chưa thành niên hoặc người thân thích của họ không mời người bào chữa thì cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng mới chỉ định người bào chữa.

Khi đó, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải yêu cầu hoặc đề nghị Đoàn Luật sư Tỉnh/Thành phố trực thuộc Trung ương phân công tổ chức hành nghề Luật sư (Văn phòng Luật sư hoặc Công ty Luật)

1. Diện người thân thích được hiểu theo quy định tại điểm e khoản 1 Điều 4 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015.

cử Luật sư tham gia hoặc phân công trực tiếp cho cá nhân Luật sư cụ thể (nếu Luật sư đăng ký hành nghề với tư cách cá nhân) tham gia bào chữa cho người dưới 18 tuổi (điểm c, d khoản 1 Điều 5 Thông tư số 70/2011/TT-BCA).

Hiện nay, pháp luật không quy định chi tiết về biểu mẫu các văn bản yêu cầu (mời) Luật sư hoặc văn bản cử (chỉ định) Luật sư nên thực tế các văn bản này được thể hiện theo hình thức riêng của mỗi tổ chức hành nghề hoặc mỗi đoàn Luật sư.

Hồ sơ đăng ký bào chữa, bảo vệ quyền lợi cho người dưới 18 tuổi bao gồm các tài liệu sau:

+ Thẻ Luật sư (bản sao hợp lệ);

+ Văn bản yêu cầu (mời) Luật sư của người đại diện hợp pháp của người chưa thành niên hoặc người thân thích của họ hoặc văn bản cử (chỉ định) Luật sư của Đoàn Luật sư hoặc tổ chức hành nghề của Luật sư;

+ Văn bản xác nhận tư cách nhân thân của người yêu cầu (mời Luật sư). Mặc dù pháp luật không quy định chi tiết về tài liệu này nhưng khi làm thủ tục với cơ quan tiến hành tố tụng có nơi sẽ yêu cầu chứng minh (có thể là xác nhận do Ủy ban nhân dân nơi cư trú cấp ngay tại văn bản yêu cầu mời Luật sư hoặc bản sao hợp lệ Chứng minh nhân dân/Căn cước công dân của người yêu cầu, v.v.);

Mỗi Luật sư trong quá trình hành nghề sẽ nhận biết được những khác biệt trong thực tiễn hành nghề ở mỗi địa phương, mỗi cơ quan tiến hành tố tụng. Về phía Liên đoàn Luật sư Việt Nam, từ ngày 01-01-2018, khi Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 có hiệu lực, Liên đoàn Luật sư Việt Nam cũng cần có những thống nhất với các cơ quan tiến hành tố tụng ở Trung ương và địa phương để có hướng dẫn cụ thể về các loại giấy tờ thủ tục mang tính chất hành chính này, tránh những phiền hà, thậm chí những nhiễu đối với Luật sư khi hành nghề.

Luật sư bào chữa tham gia tố tụng hình sự từ giai đoạn khởi tố vụ án, khởi tố bị can. Trường hợp bắt, tạm giữ người thì Luật sư bào chữa tham gia từ khi người bị bắt có mặt tại trụ sở của cơ quan điều tra, cơ quan được

giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra hoặc từ khi có quyết định tạm giữ. Trường hợp cần giữ bí mật điều tra đối với các tội xâm phạm an ninh quốc gia thì Viện trưởng Viện kiểm sát có thẩm quyền quyết định để người bào chữa tham gia tố tụng từ khi kết thúc điều tra.

Trên thực tế, Luật sư tham gia bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho người bị hại, đương sự cũng tham gia từ thời điểm như Luật sư bào chữa mặc dù hiện nay pháp luật không quy định chi tiết vấn đề này (khoản 1 Điều 58 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003).

Một số điểm cần lưu ý

- Mọi trường hợp thay đổi hoặc từ chối người bào chữa đều phải có sự đồng ý của người bị buộc tội và được lập biên bản đưa vào hồ sơ vụ án, trừ trường hợp Trung tâm trợ giúp pháp lý nhà nước cử trợ giúp viên pháp lý hoặc Luật sư bào chữa cho người thuộc diện được trợ giúp pháp lý (điểm b khoản 1 Điều 76 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015).

- Trường hợp người bị bắt, người bị tạm giữ, người bị tạm giam trong giai đoạn điều tra có đề nghị *từ chối* người bào chữa do người thân thích của họ yêu cầu thì Điều tra viên phải cùng người bào chữa gặp trực tiếp người bị bắt, người bị tạm giữ, người bị tạm giam để xác định việc từ chối (khoản 2 Điều 77 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015).

- Trường hợp từ chối người bào chữa chỉ định thì cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng lập biên bản về việc từ chối người bào chữa của người bị buộc tội hoặc người đại diện, người thân thích của người bị buộc tội trừ trường hợp quy định tại điểm b khoản 1 Điều 76 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 và chấm dứt việc chỉ định người bào chữa.

b) Kỹ năng tiếp xúc, trao đổi, tham dự các buổi lấy lời khai hoặc hỏi cung đối với người dưới 18 tuổi:

Luật sư có thể tiếp xúc người bị buộc tội dưới 18 tuổi tại nhà tạm giữ hoặc trại tạm giam (trường hợp bị áp dụng biện pháp ngăn chặn tạm giữ hoặc tạm giam). Các buổi tiếp xúc thực hiện khi cơ quan điều tra lấy lời khai hoặc hỏi cung hoặc do Luật sư tự tổ chức gặp, hỏi theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015

sau khi bộ luật này có hiệu lực. Trường hợp bị can, bị cáo tại ngoại thì Luật sư tiếp xúc tại cơ quan điều tra (khi lấy lời khai hoặc hỏi cung) hoặc tiếp xúc riêng tại nơi sinh sống của người dưới 18 tuổi phạm tội. Khi tiếp xúc tại nhà tạm giữ, trại tạm giam hay trụ sở của cơ quan tiến hành tố tụng, Luật sư luôn phải tuân theo các quy định ở đó, đồng thời, nắm vững các nội quy, quy định pháp luật liên quan đến "giám sát" các biện pháp tố tụng đúng pháp luật. Khi tiếp xúc riêng với người bị buộc tội dưới 18 tuổi, Luật sư nên chọn một không gian thân thiện, tạo môi trường cởi mở để có thể trao đổi thoải mái, tư vấn riêng cho họ và người đại diện của họ (nếu cần) về tất cả các quyền và lợi ích hợp pháp được pháp luật bảo vệ.

Luật sư cần nắm vững quy định của pháp luật tố tụng hình sự về thủ tục áp dụng các biện pháp điều tra đối với vụ án có người dưới 18 tuổi tham gia để xác định (nếu có) những vi phạm từ phía cơ quan tiến hành tố tụng hay người tiến hành tố tụng. Vi phạm đó là căn cứ để xác định tính khách quan, hợp pháp của các chứng cứ được thu thập. Ngoài các quy định chung thì do vụ án có liên quan đến người dưới 18 tuổi nên phải tuân thủ thêm các quy định tại Điều 10 Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐTBXH; khoản 2 Điều 306 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 (Điều 421 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015).

Trường hợp cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng tiến hành lấy lời khai người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, người bị tạm giữ, người bị hại, người làm chứng, hỏi cung bị can là người dưới 18 tuổi thì phải thông báo trước thời gian, địa điểm lấy lời khai, hỏi cung cho người bào chữa, người đại diện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Điểm hạn chế của pháp luật là không quy định khoảng thời gian phải thông báo trước của cơ quan tiến hành tố tụng nên thực tế, nhiều khi thông báo quá gấp (hoặc mang tính hình thức) khiến Luật sư không kịp thu xếp để tham gia, dẫn đến việc cơ quan tiến hành tố tụng có điều kiện phản ánh về sự "không hợp tác" của Luật sư.

Khi lấy lời khai người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, bị tạm giữ, hỏi cung bị can là người dưới 18 tuổi phải có mặt Luật sư bào chữa hoặc người đại diện của họ (khoản 1 Điều 412 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015). Sự thiếu vắng những chủ thể này sẽ ảnh hưởng đến giá trị pháp lý của lời khai hoặc bản cung.

Trong buổi lấy lời khai hoặc hỏi cung, Luật sư có thể được tham gia hỏi người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can là người dưới 18 tuổi nếu được Điều tra viên, Kiểm sát viên đồng ý. Luật sư cần ghi nhớ những thông tin có được từ buổi lấy lời khai và lấy cung đó. Đồng thời ký xác nhận vào biên bản lấy lời khai hoặc bản cung. Lưu ý, sau khi Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 có hiệu lực (01-01-2018), Luật sư có thẩm quyền chủ động tổ chức gặp, hỏi người bị buộc tội trong nhà tạm giữ, trại tạm giam theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 73 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015.

Luật sư cần chú ý quy định của pháp luật về thời gian, nếu lấy lời khai của người dưới 18 tuổi thì không quá hai lần trong 01 ngày và mỗi lần không quá 02 giờ, trừ trường hợp vụ án có nhiều tình tiết phức tạp. Nếu hỏi cung bị can là người dưới 18 tuổi thì không quá hai lần trong 01 ngày và mỗi lần không quá 02 giờ, trừ trường hợp:

- Phạm tội có tổ chức;

- Để truy bắt người phạm tội khác đang bỏ trốn;

- Ngăn chặn người khác phạm tội;

- Để truy tìm công cụ, phương tiện phạm tội hoặc vật chứng khác của vụ án;

- Vụ án có nhiều tình tiết phức tạp (khoản 5 Điều 421 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015).

Khi tham gia tố tụng hình sự, Luật sư cần chủ động giám sát việc thực hiện các quy định này để có cơ sở cho các kiến nghị, khiếu nại hoặc kháng cáo theo quy định của pháp luật.

Thực tế thời gian lấy lời khai, hỏi cung cần được xác định dựa trên độ tuổi, tình trạng tâm lý, sức khỏe cũng như khả năng nhận thức,

mức độ trưởng thành, phát triển của người dưới 18 tuổi và yêu cầu điều tra. Việc lấy lời khai người bị tạm giữ, hỏi cung bị can, bị cáo phải được tạm dừng ngay khi người dưới 18 tuổi có biểu hiện mệt mỏi, ảnh hưởng đến khả năng khai báo chính xác, đầy đủ.

Về địa điểm, việc lấy lời khai người bị tạm giữ, hỏi cung bị can là người dưới 18 tuổi có thể thực hiện tại nơi tiến hành điều tra hoặc tại nơi ở của người đó. Nơi lấy lời khai hoặc hỏi cung cần được bố trí theo cách thức phù hợp để làm giảm bớt sự căng thẳng, sợ hãi của người dưới 18 tuổi.

Nếu được tham gia hỏi người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi trong quá trình lấy lời khai, khi hỏi cung Luật sư nên đặt những câu hỏi mang tính chất động viên, thuyết phục, giáo dục; hạn chế những câu hỏi mang tính chất gợi ý, định hướng, câu hỏi mang tính chất khẳng định, phủ định liên quan đến vụ án. Khi thấy người tiến hành tố tụng có dấu hiệu bức cung, dụ cung, thông cung, mớm cung đối với người bị buộc tội phải yêu cầu họ dừng ngay việc hỏi và có ý kiến về việc này vào văn bản lấy lời khai/hỏi cung.

c) Kỹ năng thu thập chứng cứ, tài liệu, đồ vật liên quan đến việc bào chữa người dưới 18 tuổi phạm tội:

Luật sư cần chú ý những nguồn chứng cứ mới theo quy định tại Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 so với quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003 là: Dữ liệu điện tử (Điều 99); Kết luận định giá tài sản (Điều 101); Kết quả thực hiện ủy thác tư pháp và hợp tác quốc tế (Điều 103). Nếu những gì có thật nhưng không được thu thập theo trình tự, thủ tục do Bộ luật tố tụng hình sự quy định thì không có giá trị pháp lý và không được lấy làm căn cứ để giải quyết vụ án hình sự.

Quyền thu thập chứng cứ là quy định mới tại Điều 81 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 so với điểm d khoản 2 Điều 58 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003. Theo đó, Luật sư chỉ giới hạn ở quyền thu thập tài liệu, đồ vật, tình tiết liên quan đến việc bào chữa. Khi tham gia bào chữa cho người dưới 18 tuổi phạm tội, Luật sư cần thu thập các chứng cứ, tài liệu,

đồ vật có liên quan đến việc xác định tính chất, mức độ tội phạm của người dưới 18 tuổi nhằm xác định hướng bào chữa là vô tội hay giảm nhẹ trách nhiệm hình sự cho họ. Cách thức thu thập chứng cứ của Luật sư là gặp gỡ người mình bào chữa, người bị hại, người làm chứng và những người khác biết về vụ án để hỏi, nghe họ trình bày về những vấn đề liên quan đến vụ án; đề nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp tài liệu, đồ vật, dữ liệu điện tử liên quan đến việc bào chữa. Cách thức thu thập phương tiện điện tử, dữ liệu điện tử được quy định tại Điều 107 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015.

Khi tiếp nhận chứng cứ, tài liệu, đồ vật, dữ liệu điện tử liên quan đến vụ án do Luật sư cung cấp, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải lập biên bản giao nhận và kiểm tra, đánh giá theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự.

d) Kỹ năng nghiên cứu hồ sơ của Luật sư tham gia bào chữa cho người dưới 18 tuổi:

- Đọc, ghi chép, sao chụp tài liệu trong hồ sơ vụ án:

Hồ sơ vụ án hình sự được lưu giữ tại cơ quan tiến hành tố tụng có thẩm quyền tùy theo giai đoạn tố tụng hình sự. Khi tham gia giai đoạn nào, Luật sư cần nghiên cứu hồ sơ vụ án từ giai đoạn đó. Sau khi đăng ký là người bào chữa cho người dưới 18 tuổi phạm tội, Luật sư cần bắt tay ngay vào việc tiếp cận hồ sơ vụ án tại cơ quan tiến hành tố tụng có thẩm quyền. Hiện nay, để thực hiện công việc này, một số cơ quan tiến hành tố tụng yêu cầu Luật sư làm một văn bản (công văn) ghi lại những hồ sơ nào muốn sao chụp, mặc dù thực tế khi đó Luật sư chưa được tiếp cận hồ sơ và không thể biết được các tài liệu có trong hồ sơ. Đây là những vướng mắc gây khó khăn cho Luật sư khi tham gia bào chữa mà cần có sự hướng dẫn chung để áp dụng thống nhất, bảo đảm sự minh bạch về trình tự, thủ tục.

Khi nghiên cứu hồ sơ, Luật sư cần chú ý kỹ năng đọc, ghi chép, sao chụp tài liệu trong hồ sơ vụ án. Trước khi tiếp cận hồ sơ, Luật sư có thể có những thông tin ban đầu về vụ án và về người mình bào chữa.

Luật sư cần biết cách đọc hồ sơ và sao chụp những tài liệu cần thiết, tập trung cho mục đích công việc của mình. Có nhiều hồ sơ vụ án rất dày, nhiều tập, số bút lục lớn, Luật sư cần bắt đầu bằng việc sao chụp toàn bộ danh mục bút lục của hồ sơ đã được các cơ quan tiến hành tố tụng phân loại và đánh dấu số ký hiệu. Sau khi đọc kỹ danh mục bút lục, nên đánh dấu những loại tài liệu cần sao chụp và tiến hành sao chụp cẩn thận, đầy đủ thông tin có trong tài liệu. Mỗi Luật sư cần trang bị cho mình những thiết bị sao chụp (máy ảnh, scan, điện thoại, máy tính bảng, v.v.) bảo đảm độ nét của tài liệu chụp, luôn cẩn thận sao chụp số, ký hiệu bút lục để bảo đảm chỉ dẫn chính xác trong quá trình bào chữa, bảo vệ quyền lợi cho người được bào chữa và luôn chú ý không làm hư hỏng, thất lạc tài liệu vì đó là căn cứ vi phạm có thể bị xử lý theo quy định của pháp luật.

- Nghiên cứu kỹ, toàn diện hồ sơ vụ án và các quy định pháp luật liên quan đến việc bào chữa cho người dưới 18 tuổi phạm tội:

Sau khi có được các tài liệu thông tin, Luật sư bắt đầu quá trình nghiên cứu hồ sơ vụ án. Công việc này đòi hỏi Luật sư nghiên cứu song song các tài liệu trong hồ sơ vụ án của cơ quan tiến hành tố tụng và các quy định pháp luật có liên quan đến việc bào chữa cho người dưới 18 tuổi phạm tội, đánh giá tổng thể về tính hợp pháp, tính khách quan, trung thực của các chứng cứ có trong hồ sơ vụ án.

Trong hồ sơ vụ án sao chụp được, Luật sư cần chú ý nghiên cứu kỹ các văn bản tố tụng (quyết định tố tụng) của các cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng ban hành trong quá trình giải quyết vụ án, qua đó xác định xem có những vi phạm về trình tự, thủ tục tố tụng hay không. Vụ án hình sự có sự tham gia của người dưới 18 tuổi đòi hỏi trình tự, thủ tục tố tụng đặc thù nên việc nghiên cứu văn bản tố tụng là rất quan trọng.

Quá trình nghiên cứu hồ sơ cần chú ý các tài liệu phản ánh độ tuổi, các tình tiết phản ánh sự phát triển về thể chất và tinh thần, khả năng, mức độ nhận thức của người được bào chữa về hành vi phạm tội gây ra cho xã hội; qua đó xác định nguyên nhân, điều kiện phạm tội, có hay

không người khác xúi giục, hoàn cảnh sinh sống, giáo dục của gia đình, v.v.. Pháp luật quy định xử lý hình sự người dưới 18 tuổi phạm tội chủ yếu nhằm mục đích giáo dục, răn đe, bảo đảm lợi ích tốt nhất cho họ, giúp họ sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh để trở thành người có ích cho xã hội. Ngoài ra, Luật sư cần tìm hiểu các tình tiết có liên quan đến hành vi mà người dưới 18 tuổi đã thực hiện để có thể bào chữa vô tội hoặc giảm nhẹ trách nhiệm hình sự cho họ.

Song song với quá trình nghiên cứu hồ sơ vụ án đã sao chụp, để có thể đánh giá được các chứng cứ, đưa ra hướng bào chữa phù hợp, Luật sư cần nghiên cứu các quy định của pháp luật hình sự liên quan đến hành vi phạm tội của người bị buộc tội dưới 18 tuổi mà Luật sư nhận bào chữa, bao gồm:

+ Các quy định chung về nguyên tắc xử lý hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội (quy định trong Bộ luật hình sự);

+ Nghiên cứu phạm vi, điều kiện áp dụng và thủ tục áp dụng hình phạt và các biện pháp giám sát, giáo dục áp dụng đối với họ trong trường hợp được miễn trách nhiệm hình sự; biện pháp khiển trách; biện pháp hòa giải cộng đồng; biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn; biện pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng;

+ Nghiên cứu đầy đủ các quy định về thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi quy định tại Chương XXXII Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003, Chương XXVIII Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015;

+ Nghiên cứu quyền bào chữa của người bị buộc tội dưới 18 tuổi (Điều 422 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015), các quy định về quyền và nghĩa vụ của Luật sư trong bào chữa cho người bị buộc tội dưới 18 tuổi theo quy định từ Điều 56 đến Điều 58 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003; Chương V Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015; khoản 1 Điều 22, Điều 27, Điều 31 Luật luật sư;

+ Nghiên cứu Luật trẻ em năm 2016 (Mục 4 Chương IV).

Luật sư phải luôn ghi nhớ, việc áp dụng các quy định của Bộ luật hình sự căn cứ vào tuổi của người bị buộc tội dưới 18 tuổi vào thời điểm

thực hiện hành vi phạm tội còn việc áp dụng các quy định của Bộ luật tố tụng hình sự cần phải căn cứ vào độ tuổi của người bị buộc tội vào thời điểm tiến hành tố tụng.

đ) Chuẩn bị luận cứ bào chữa, bảo vệ quyền lợi, kế hoạch xét hỏi và tham gia phiên tòa:

Đối với việc chuẩn bị luận cứ bào chữa, bảo vệ quyền lợi, phương án tham gia xét hỏi của Luật sư trong vụ án có bị cáo dưới 18 tuổi, về cơ bản cũng thực hiện như trong các vụ án đối với người đã thành niên. Điểm tập trung trong các bài bào chữa, bảo vệ quyền lợi là làm nổi bật hướng bào chữa, bảo vệ quyền lợi xuất phát từ các quy định pháp luật có liên quan đến người dưới 18 tuổi.

Đối với việc Luật sư tham gia phiên tòa, cần lưu ý các thủ tục xét xử sơ thẩm, thủ tục xét xử phúc thẩm vụ án có người dưới 18 tuổi tham gia được tiến hành theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự. Đặc biệt, pháp luật có quy định riêng về trình tự, thủ tục xét xử tại Điều 423 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Khi tham gia vào vụ án có người dưới 18 tuổi, Luật sư cần nắm rõ các quy định pháp luật này để có những yêu cầu, kiến nghị kịp thời ngay tại tòa, bảo đảm cho quyền lợi của bị cáo, người bị hại, người làm chứng là người dưới 18 tuổi. Các yêu cầu về xét xử vụ án có người dưới 18 tuổi là:

- Thành phần Hội đồng xét xử sơ thẩm vụ án phải có một Hội thẩm là giáo viên hoặc cán bộ Đoàn Thanh niên hoặc người có kinh nghiệm, hiểu biết tâm lý người dưới 18 tuổi;

- Trường hợp đặc biệt cần bảo vệ bị cáo, bị hại là người dưới 18 tuổi thì Tòa án có thể quyết định xét xử kín. Luật sư cần có những kiến nghị cần thiết trước phiên tòa yêu cầu Tòa án xử kín vì lợi ích của người được Luật sư bào chữa hoặc bảo vệ quyền lợi;

- Phiên tòa xét xử bị cáo là người dưới 18 tuổi phải có mặt người đại diện của bị cáo, đại diện của nhà trường, tổ chức nơi bị cáo học tập, sinh hoạt, trừ trường hợp những người này vắng mặt mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan;

- Việc xét hỏi, tranh luận với bị cáo, người bị hại, người làm chứng là người dưới 18 tuổi tại phiên tòa được tiến hành phù hợp với lứa tuổi, mức độ phát triển của họ. Phòng xử án được bố trí thân thiện, phù hợp với người dưới 18 tuổi. Luật sư cần xây dựng phương án xét hỏi, trao đổi trước với người dưới 18 tuổi để chủ động khi tham gia phiên tòa;

- Đối với vụ án có người bị hại, người làm chứng là người dưới 18 tuổi, Hội đồng xét xử phải hạn chế việc tiếp xúc giữa người bị hại, người làm chứng với bị cáo khi người bị hại, người làm chứng trình bày lời khai tại phiên tòa. Thẩm phán Chủ tọa phiên tòa có thể yêu cầu người đại diện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp hỏi người bị hại, người làm chứng. Như vậy, trường hợp này theo yêu cầu của Thẩm phán, Luật sư có thể tham gia xét hỏi;

- Khi xét xử, nếu thấy không cần thiết phải quyết định hình phạt đối với bị cáo thì Hội đồng xét xử áp dụng biện pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng;

- Chánh án Tòa án nhân dân tối cao sẽ quy định chi tiết việc xét xử vụ án có người dưới 18 tuổi của Tòa Gia đình và Người chưa thành niên.

Khi tham gia tranh tụng tại tòa để bào chữa trong vụ án có người dưới 18 tuổi thì tại thời điểm mở phiên tòa, nếu bị cáo chưa đủ 18 tuổi, trình tự, thủ tục tại phiên tòa thực hiện như trên. Tuy nhiên, nếu bị cáo đã đủ 18 tuổi nhưng khi thực hiện hành vi phạm tội chưa đủ 18 tuổi thì Luật sư vận dụng nguyên tắc xử lý đối với người dưới 18 tuổi phạm tội quy định trong Bộ luật hình sự. Hiệu lực của Bộ luật hình sự về thời gian được xác định rõ ràng nên tùy thuộc thời điểm hành vi của người 18 tuổi thực hiện thuộc phạm vi hiệu lực của Bộ luật hình sự nào thì áp dụng theo Bộ luật hình sự đó. Tại thời điểm hiện nay, do Bộ luật hình sự năm 2015 và Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 sẽ có hiệu lực thi hành từ ngày 01-01-2018 nên Luật sư cần nắm rõ nguyên tắc có lợi cho người phạm tội theo Nghị quyết số 144/2016/QH13 ngày 29-6-2016 của Quốc hội về việc lùi hiệu lực thi hành của Bộ luật hình sự năm 2015 và Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Việc xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội

phải bảo đảm lợi ích tốt nhất cho người dưới 18 tuổi và chủ yếu nhằm mục đích giáo dục, giúp đỡ họ sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh, trở thành người công dân có ích cho xã hội.

Việc xử lý người dưới 18 tuổi phải căn cứ vào độ tuổi, khả năng nhận thức của họ về tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội, nguyên nhân và điều kiện gây ra tội phạm. Thực tế, trong đa số các vụ án hình sự có người dưới 18 tuổi phạm tội, việc phạm tội của họ chủ yếu xuất phát từ nguyên nhân gia đình thiếu quan tâm giáo dục, giám sát hoặc quá nuông chiều, cha mẹ ly dị hoặc sống không hạnh phúc, kinh tế gia đình khó khăn, v.v.. Đây là những nhân tố ảnh hưởng xấu đến việc hình thành và phát triển nhân cách của người dưới 18 tuổi. Do đó, trong chừng mực nhất định, họ vừa là chủ thể vừa là nạn nhân của tội phạm do chính họ gây ra. Luật sư cần lưu ý vận dụng tình tiết này để đề nghị Hội đồng xét xử xem xét giảm nhẹ hình phạt cho họ.

Trại giam không phải là nơi giáo dục tốt cho người dưới 18 tuổi phạm tội. Vì vậy, khi bào chữa cho người dưới 18 tuổi phạm tội, Luật sư cần nghiên cứu, vận dụng điều kiện áp dụng các biện pháp trách nhiệm hình sự như các biện pháp tư pháp theo Bộ luật hình sự năm 1999 hoặc các biện pháp giám sát, giáo dục áp dụng trong trường hợp được miễn trách nhiệm hình sự quy định tại Điều 92 đến 94, Điều 95 Bộ luật hình sự năm 2015 để đề nghị cơ quan tiến hành tố tụng miễn trách nhiệm hình sự.

Luật sư cần nắm rõ các quy định về các biện pháp được áp dụng với bị cáo dưới 18 tuổi theo quy định của Bộ luật hình sự năm 1999 và Bộ luật hình sự năm 2015 để qua đó, đề xuất hình thức trách nhiệm hình sự phù hợp với tính chất và mức độ phạm tội của bị cáo mà mình bào chữa và cũng để tranh luận với đại diện Viện kiểm sát thực hành quyền công tố khi họ đề nghị một mức trách nhiệm hình sự quá nặng đối với người chưa đủ 18 tuổi phạm tội.

Các hình thức xử phạt được áp dụng với người dưới 18 tuổi phạm tội được quy định trong Bộ luật hình sự. Khi tranh tụng tại phiên tòa, Luật sư cần lưu ý đến việc quyết định hình phạt trong trường hợp người

dưới 18 tuổi phạm nhiều tội, tổng hợp hình phạt trong trường hợp người dưới 18 tuổi có nhiều bản án để bảo đảm tranh luận với Viện kiểm sát và đề nghị Hội đồng xét xử áp dụng đúng pháp luật. Ví dụ, có trường hợp khi phạm tội và khi bị kết án lần thứ nhất, người bị kết án là người dưới 18 tuổi, nhưng khi phạm tội và bị kết án lần thứ hai thì đã là người thành niên, nên việc tổng hợp hình phạt của nhiều bản án được thực hiện theo quy định tại Điều 51 Bộ luật hình sự năm 1999 (Điều 56 Bộ luật hình sự năm 2015) như đối với trường hợp người đủ 18 tuổi (Văn bản số 01/GĐ-TANDTC ngày 25-7-2016 của Tòa án tối cao giải đáp một số vấn đề về hình sự, tố tụng hình sự, dân sự, tố tụng dân sự).

Tại phiên tòa Luật sư cần lưu ý, quyền tranh luận của Luật sư luôn được Hội đồng xét xử quan tâm. Các Bộ luật tố tụng hình sự đều quy định Chủ tọa phiên tòa không được hạn chế thời gian tranh luận, phải tạo điều kiện cho Kiểm sát viên, người tham gia tố tụng (bị cáo, người bị hại, người bào chữa, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho bị hại, những người tham gia tố tụng khác) tranh luận, trình bày hết ý kiến, nhưng có quyền cắt những ý kiến không liên quan đến vụ án và những ý kiến lặp lại.

Chủ tọa phiên tòa phải yêu cầu Kiểm sát viên phải đáp lại những ý kiến của người bào chữa và của những người tham gia tố tụng khác mà những ý kiến đó chưa được Kiểm sát viên tranh luận (khoản 3 Điều 322 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015).

e) Kỹ năng tham gia tố tụng hình sự bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho người bị hại là người dưới 18 tuổi:

Khi tham gia tố tụng hình sự bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho người bị hại là người dưới 18 tuổi Luật sư cần quan tâm thực hiện các công việc sau:

- Nghiên cứu kỹ, toàn diện hồ sơ vụ án và các quy định pháp luật liên quan đến bảo vệ quyền lợi cho người bị hại:

Tìm hiểu, xác định về độ tuổi của người bị hại theo quy định của pháp luật hình sự, nếu cần thiết yêu cầu giám định tuổi của người bị hại;

mức độ thiệt hại về thể chất, tinh thần của người bị hại do hành vi phạm tội gây ra, v.v.. Nghiên cứu toàn diện hồ sơ vụ án (tương tự như trường hợp bào chữa cho người dưới 18 tuổi).

Nghiên cứu các quy định của Bộ luật hình sự về hành vi phạm tội xâm hại, các thủ tục tố tụng trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho người bị hại là người dưới 18 tuổi:

+ Quyền và nghĩa vụ của người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị hại (Điều 84 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015);

+ Các biện pháp bảo vệ trẻ em trong quá trình tố tụng, xử lý vi phạm hành chính, phục hồi và tái hòa nhập cộng đồng (Chương IV Mục 4 Luật trẻ em năm 2016);

+ Khoản 1 Điều 22, Điều 27, Điều 31 Luật luật sư;

+ Các quy định về bị hại tại Điều 62 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015.

+ Về yêu cầu bồi thường thiệt hại: Luật sư cần căn cứ những quy định pháp luật dân sự tại Chương XX Bộ luật dân sự năm 2015 về trách nhiệm bồi thường thiệt hại để giúp cho người bị hại dưới 18 tuổi và người thân của họ tập hợp những tài liệu, chứng từ, chứng cứ xác định mức độ thiệt hại do hành vi phạm tội gây ra để yêu cầu cầu bồi thường thiệt hại về sức khỏe, danh dự, uy tín, nhân phẩm bị xâm phạm, như: Chi phí hợp lý cho việc cứu chữa, bồi dưỡng, phục hồi sức khỏe, chức năng bị mất, bị giảm sút của nạn nhân; Chi phí hợp lý và phần thu nhập thực tế bị mất, bị giảm, v.v., của nạn nhân, người chăm sóc nạn nhân; Mức bồi thường về tổn thất tinh thần do sức khỏe, do danh dự, uy tín, nhân phẩm bị xâm phạm, v.v..

- Quan tâm việc cơ quan tiến hành tố tụng lấy lời khai của người bị hại dưới 18 tuổi:

Trong những năm gần đây, tội phạm xâm hại tình dục trẻ em ngày càng phổ biến và gia tăng trở thành một vấn nạn xã hội. Sau khi vụ án xâm hại tình dục mà người bị hại là người dưới 18 tuổi xảy ra thì gia đình họ mới tìm đến cơ quan công an có thẩm quyền để trình báo nhờ can thiệp, bảo vệ. Họ chỉ nhờ Luật sư trợ giúp khi cơ quan thẩm quyền không can thiệp

kịp thời hoặc việc điều tra không đạt hiệu quả như gia đình mong muốn. Chính vì vậy, vai trò của Luật sư trong những vụ án có người bị hại là người dưới 18 tuổi có hạn chế, đôi khi không đạt hiệu quả, bởi đôi khi sự việc xảy ra đã lâu, những dấu vết ban đầu của tội phạm đã mất đi không thể phục hồi được, hiện trường không được bảo vệ, không được khám nghiệm kịp thời, dấu vết ban đầu để xác định tội phạm và người phạm tội không còn (tinh dịch, lông, v.v.). Có những trường hợp nhất là ở vùng sâu, vùng xa, cha, mẹ, người thân của nạn nhân kém hiểu biết đã vô tình xóa bỏ những dấu vết ban đầu (như tắm rửa sạch sẽ cho nạn nhân bị xâm hại tình dục trước khi đến cơ quan công an trình báo, v.v.).

Nhiều vụ án xảy ra, cơ quan điều tra đã khởi tố vụ án nhưng chứng cứ buộc tội không thuyết phục nên cuối cùng cơ quan điều tra phải quyết định đình chỉ điều tra vụ án vì đã hết thời hạn điều tra mà không chứng minh được tội phạm. Do đó, dù Luật sư hết sức cố gắng trợ giúp nhưng cơ quan chức năng khó phục hồi điều tra.

Để người bị hại là người dưới 18 tuổi được bình tĩnh, ổn định tinh thần khi khai báo với cơ quan chức năng, khoản 2 Điều 421 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định: Việc lấy lời khai của người bị hại dưới 18 tuổi bị xâm hại bởi các tội phạm, phải có người đại diện hoặc người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ tham dự.

Thời gian lấy lời khai người dưới 18 tuổi không quá 02 lần trong một ngày và mỗi lần không quá 02 giờ trừ trường hợp vụ án có nhiều tình tiết phức tạp (khoản 4 Điều 421 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015). Người bị hại trình bày những tình tiết về vụ án, nguồn tin về tội phạm, các quan hệ giữa họ với người bị buộc tội.

- Về việc đối chất của người bị hại là người dưới 18 tuổi:

Việc đối chất là quan trọng, nhưng đối với nạn nhân dưới 18 tuổi là người bị hại, pháp luật quy định: "Người có thẩm quyền tiến hành tố tụng chỉ tiến hành đối chất giữa bị hại là người dưới 18 tuổi với bị can, bị cáo để làm sáng tỏ tình tiết của vụ án trong tường hợp nếu không đối chất thì không giải quyết được vụ án" (khoản 6 Điều 421 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015).

- Những nội dung khác:

Trong quá trình giải quyết vụ án hình sự việc xác định người đại diện hợp pháp cho người bị hại là người dưới 18 tuổi quy định tại khoản 1 Điều 136 Bộ luật dân sự năm 2015. Tuy nhiên, khi tham gia bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho người bị hại dưới 18 tuổi, Luật sư cần nghiên cứu, tìm hiểu kỹ quan hệ đại diện này trên thực tế vì phải xuất phát từ lợi ích tốt nhất của người bị hại dưới 18 tuổi để có những kiến nghị kịp thời với các cơ quan chức năng. Điểm 2 Mục II Văn bản số 01/GĐ-TANDTC ngày 25-7-2016 của Tòa án nhân dân tối cao giải đáp về một số vấn đề về hình sự, tố tụng hình sự đã giải thích rằng "việc xác định người đại diện tham gia tố tụng cho người chưa đủ 18 tuổi phải bảo đảm nguyên tắc bảo đảm lợi ích tốt nhất của người dưới 18 tuổi quy định tại khoản 1 Điều 414 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015". Do vậy, trường hợp có căn cứ cho rằng việc xác định cha, mẹ của người chưa đủ 18 tuổi là người đại diện tham gia tố tụng không bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của người chưa đủ 18 tuổi thì Luật sư cần kiến nghị Tòa án xác định một người thân thích khác của người chưa đủ 18 tuổi (như anh ruột, chị ruột) có đủ điều kiện làm người giám hộ tham gia tố tụng với tư cách người đại diện hợp pháp của người chưa đủ 18 tuổi. Việc xác định người đại diện tham gia tố tụng trong trường hợp này phải căn cứ vào quy định tại các điều 48, 49 và 136 Bộ luật dân sự năm 2015.

Luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại là người dưới 18 tuổi có quyền kháng cáo phần bản án hoặc quyết định có liên quan đến quyền lợi, nghĩa vụ của người mà mình bảo vệ (khoản 2 và 5 Điều 331 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015). Do vậy, Luật sư cần chú ý các quy định liên quan đến thủ tục kháng cáo để bảo đảm thực hiện quyền này cho thân chủ của mình đúng pháp luật.

Chương 7
KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG VIỆC BÀO CHỮA, BẢO VỆ QUYỀN LỢI CHO PHÁP NHÂN

I. TÍNH CẤP THIẾT TRONG VIỆC QUY ĐỊNH TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ CỦA PHÁP NHÂN

1. Tổng quan về vấn đề truy cứu trách nhiệm hình sự của pháp nhân

Trong quá trình tham gia tố tụng hình sự, Luật sư không chỉ bào chữa cho các bị can, bị cáo, mà còn tư vấn, bảo vệ quyền lợi cho các đương sự, trong đó có các pháp nhân thương mại. Cách đây gần hai mươi năm đã có một vụ án hình sự gây tranh cãi liên quan hành vi trốn thuế của pháp nhân tại quận 6 Thành phố Hồ Chí Minh nhưng lại truy cứu trách nhiệm hình sự của cá nhân là người điều hành doanh nghiệp.

Bộ luật hình sự có nhiệm vụ bảo vệ chủ quyền quốc gia, an ninh của đất nước, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, quyền con người, quyền công dân, bảo vệ quyền bình đẳng giữa đồng bào các dân tộc, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, tổ chức, bảo vệ trật tự pháp luật, chống mọi hành vi phạm tội; giáo dục mọi người ý thức tuân theo pháp luật, phòng ngừa và đấu tranh chống tội phạm. Tuy nhiên, cho đến trước khi ban hành Bộ luật hình sự năm 2015, vấn đề truy cứu trách nhiệm hình sự của pháp nhân mới được chính thức đặt ra, nhưng chỉ các pháp nhân thương mại phạm tội được quy định tại Điều 76 Bộ luật hình sự năm 2015 mới phải chịu trách nhiệm hình sự.

Cơ sở thực tiễn của vấn đề này chính là tình hình tội phạm những năm vừa qua có những diễn biến hết sức phức tạp, nhiều tổ chức, doanh nghiệp (pháp nhân) vì chạy theo lợi nhuận đã bất chấp sự an toàn, tính mạng, sức khỏe của cộng đồng thực hiện nhiều hành vi vi phạm pháp luật nghiêm trọng như: Hành vi hủy hoại môi trường; hành vi đầu cơ, trốn thuế, kinh doanh trái phép, buôn lậu hoặc vi phạm các quy định về hoạt động ngân hàng, chứng khoán, bảo vệ môi trường, bảo hộ lao động.

Trước tình hình vi phạm ngày càng nghiêm trọng của pháp nhân, Nhà nước đã áp dụng các chế tài xử phạt hành chính và chế tài dân sự để buộc các pháp nhân vi phạm phải chịu phạt và bồi thường thiệt hại do hành vi vi phạm gây ra. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng các biện pháp này đã và đang bộc lộ nhiều bất cập, cụ thể là:

- Chế tài xử phạt hành chính trong Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012 sửa đổi, bổ sung năm 2014 (Sau đây gọi là Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012) vừa thiếu tính răn đe lại vừa không đầy đủ. Theo đó, Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012 cho phép các cơ quan chức năng áp dụng phạt tối đa đối với pháp nhân, doanh nghiệp có hành vi vi phạm không vượt quá hai tỷ đồng. Còn đối với một số lĩnh vực, cụ thể như lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm thì mức phạt tối đa không quá 300 triệu đồng; lĩnh vực bảo hiểm xã hội không quá 150 triệu đồng hay lĩnh vực thương mại không quá 200 triệu đồng. Với mức phạt này, theo ý kiến của một số chuyên gia, nhiều doanh nghiệp, nhất là các doanh nghiệp có quy mô lớn như các tập đoàn kinh tế, công ty liên doanh, các công ty đa quốc gia, các hãng vận tải biển quốc tế có thể chấp nhận nộp phạt để tiếp tục vi phạm. Đồng thời, qua rà soát hệ thống pháp luật hiện hành có thể thấy, một số hành vi vi phạm do pháp nhân thực hiện không được quy định trong các nghị định xử phạt vi phạm hành chính như hành vi mua bán người, hành vi tham nhũng, rửa tiền, v.v., nên không có căn cứ để xử phạt.

Mặt khác, mặc dù thủ tục xử phạt vi phạm hành chính tuy có ưu điểm là nhanh, kịp thời ổn định trật tự trong quản lý, nhưng lại thiếu

tính chuyên nghiệp, không được tiến hành bởi một cơ quan điều tra chuyên trách, với một trình tự, thủ tục tư pháp chặt chẽ, nhất là việc xác minh mức độ thiệt hại do pháp nhân gây ra cho nhiều người dân, cho môi trường sống, v.v.. Điều này tiềm ẩn nguy cơ việc xử phạt vi phạm không tương xứng với mức độ hậu quả pháp nhân đã gây ra, làm giảm tác dụng răn đe, phòng ngừa. Hơn nữa, việc xử lý pháp nhân theo thủ tục xử phạt hành chính làm cho bản thân pháp phân vi phạm không có nhiều cơ hội để tự mình hoặc nhờ người khác bảo vệ quyền lợi của mình thông qua hoạt động tranh tụng tại một phiên tòa công khai.

- Việc áp dụng biện pháp buộc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng trong pháp luật dân sự cũng tỏ ra bất cập, nhất là đối với việc bồi thường trong lĩnh vực gây ô nhiễm môi trường. Các quy định về án phí dân sự và nguyên tắc người bị hại phải tự chứng minh thiệt hại khi khởi kiện đòi bồi thường thiệt hại trong pháp luật dân sự hiện nay là một sự cản trở rất lớn đối với người bị thiệt hại. Điển hình là vụ Công ty Vedan thực hiện hành vi xả nước thải có chứa nhiều chất độc hại chưa qua xử lý ra sông Thị Vải[1]. Hành vi vi phạm này diễn ra trong nhiều năm, gây ảnh hưởng đến đời sống sản xuất, sinh hoạt của hàng vạn hộ dân thuộc các tỉnh Đồng Nai, Bà Rịa – Vũng Tàu và Thành phố Hồ Chí Minh. Tuy vụ việc này đã được các Luật sư thuộc các địa phương nêu trên tham gia tích cực để trợ giúp cho các hộ dân bị thiệt hại nhưng trong quá trình hòa giải, thương lượng vẫn gặp rất nhiều khó khăn do những bất cập của các quy định nói trên.

- Việc chính sách hình sự chỉ áp dụng xử lý đối với cá nhân, không xử lý pháp nhân thể hiện sự thiếu công bằng, nhất là khi mô hình các

1. Theo đánh giá của Cục Cảnh sát môi trường, trước khi bắt quả tang vụ việc trên, chỉ tính riêng tại Công ty Vedan, có thời điểm đã thải ra sông Thị Vải khoảng 50 ngàn mét khối nước thải/ngày đêm. Tại thời điểm kiểm tra, đoàn kiểm tra phát hiện công ty đã lắp đặt hệ thống bơm, đường ống kỹ thuật xả trực tiếp một lượng lớn nước thải chưa qua xử lý xuống sông Thị Vải. Chất thải bị đổ xuống sông chủ yếu là dịch thải lỏng chứa nước mật rỉ đường và các chất đặc sau khi chế biến từ các bể chứa lớn có dung tích 6.000 - 15.000m^3.

công ty, doanh nghiệp đã khác nhiều so với các mô hình công ty, xí nghiệp trong cơ chế quản lý kinh tế trước đây. Trong nền kinh tế thị trường, giám đốc điều hành có thể chỉ là người làm thuê. Họ chỉ là người triển khai thực hiện một quyết định, chính sách của cả một tập thể là Hội đồng quản trị hoặc của những ông chủ thực sự của công ty, doanh nghiệp. Vì vậy, nếu vẫn chỉ buộc cá nhân giám đốc (hoặc người đại diện doanh nghiệp) chịu trách nhiệm hình sự là thiếu sự công bằng vì họ chỉ làm theo quyết định của tập thể và vì lợi ích của tập thể chứ không vì lợi ích của cá nhân họ.

Theo kết quả nghiên cứu của Ban soạn thảo Dự thảo Bộ luật hình sự năm 2015, trách nhiệm hình sự của pháp nhân không phải là vấn đề mới mà đã được ghi nhận trong pháp luật hình sự của một số quốc gia cũng như các văn bản pháp luật quốc tế. Xét ở góc độ pháp luật quốc gia, vấn đề xem xét trách nhiệm hình sự của pháp nhân đã được quy định trong pháp luật hình sự của nhiều nước trên thế giới, như Anh, Mỹ, Canađa, Ôxtrâylia, Hà Lan, Bồ Đào Nha, Phần Lan, Bỉ, Thụy Sĩ, Tây Ban Nha và gần đây là một số nước ở Đông Âu như Xlôvakia, Hungari, Látvia, Extônia, Crôatia, v.v.. Trong khu vực châu Á, một số quốc gia cũng đã ghi nhận trách nhiệm hình sự của pháp nhân như Nhật Bản, Xingapo, Malaixia, Trung Quốc. Qua rà soát, hiện có 119/173 quốc gia có quy định về trách nhiệm hình sự của pháp nhân. Trong hiệp hội các quốc gia ASEAN, trước khi Việt Nam ban hành Bộ luật hình sự năm 2015, có 05 nước chính thức và 02 nước đang trong quá trình xem xét (trong đó có Việt Nam)[1].

Dưới góc độ pháp luật quốc tế, trách nhiệm hình sự của pháp nhân đã được khẳng định và nhấn mạnh trong nhiều công ước của Liên hợp quốc, như Công ước về trừng trị việc tài trợ cho khủng bố năm 1999, Công ước quốc tế về chống tham nhũng năm 2003, Công ước về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia năm 2000, v.v..

1. Xem nguồn http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/index.html?ref=menuside [truy cập ngày 09-1-2015]

Trong bối cảnh hội nhập quốc tế về pháp luật và tư pháp diễn ra mạnh mẽ, Việt Nam đã trở thành thành viên của nhiều công ước quốc tế về phòng, chống tội phạm như: Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia năm 2000, Công ước chống tham nhũng năm 2003, Công ước phòng, chống rửa tiền năm 2000. Mặc dù khi tham gia các công ước, đặc biệt là Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia (gọi tắt là Công ước TOC), Việt Nam tuyên bố không bị ràng buộc về quy định trách nhiệm hình sự của pháp nhân, nhưng theo quy định tại Điều 10 của công ước này, các quốc gia thành viên phải ban hành những biện pháp cần thiết phù hợp với những nguyên tắc pháp lý của nước mình để xác định trách nhiệm pháp lý của pháp nhân trong việc thực hiện những hành vi phạm tội như: Tham gia nhóm tội phạm có tổ chức (Điều 5); rửa tiền (Điều 6), tham nhũng (Điều 8), cản trở công lý (Điều 23). Đồng thời, tùy theo những nguyên tắc pháp lý của mình, việc xử lý pháp nhân vi phạm có thể là trách nhiệm hình sự, dân sự hay trách nhiệm hành chính. Do đó, việc xác định trách nhiệm hình sự của pháp nhân để xử lý các hành vi nêu trên cũng là để thực hiện những cam kết quốc tế mà Việt Nam là thành viên và để thể hiện chủ trương trở thành một thành viên có trách nhiệm của cộng đồng quốc tế.

Ở Việt Nam, vấn đề trách nhiệm hình sự của pháp nhân đã được đưa ra thảo luận và nghiên cứu chính thức trong quá trình xây dựng Bộ luật hình sự năm 1999. Tuy nhiên, tại thời điểm đó, vấn đề trách nhiệm hình sự của pháp nhân chưa được nghiên cứu sâu về mặt lý luận và thực tiễn. Đến năm 2009, khi sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật hình sự, vấn đề trách nhiệm hình sự của pháp nhân một lần nữa được đưa ra nghiên cứu, thảo luận để quy định bổ sung vào Bộ luật hình sự. Tuy nhiên, lần sửa đổi, bổ sung này chỉ tập trung sửa đổi, bổ sung một số vấn đề thật sự cấp bách, bức xúc của thực tiễn tại thời điểm đó để tháo gỡ một số khó khăn, vướng mắc lớn trong công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm, nên vấn đề trách nhiệm hình sự của pháp nhân được thống nhất để tiếp tục nghiên cứu kỹ lưỡng, thấu đáo

cả về mặt lý luận và thực tiễn cho lần sửa đổi, bổ sung cơ bản, toàn diện Bộ luật hình sự.

Đến thời điểm hiện nay, vấn đề truy cứu trách nhiệm hình sự của pháp nhân đã chính thức được quy định trong Bộ luật hình sự năm 2015, làm cơ sở pháp lý để xử lý đối với các trường hợp tổ chức kinh tế (pháp nhân) vì chạy theo lợi ích cục bộ, đã thực hiện nhiều hành vi trái pháp luật mang tính chất tội phạm, đặc biệt là trong lĩnh vực kinh tế, gây hậu quả nghiêm trọng cho xã hội, cho nền kinh tế.

2. Nguyên tắc xử lý đối với pháp nhân thương mại phạm tội

Nguyên tắc xử lý đối với pháp nhân thương mại phạm tội được quy định tại khoản 2 Điều 3 Bộ luật hình sự năm 2015, bao gồm:

- Mọi hành vi phạm tội do pháp nhân thương mại thực hiện phải được phát hiện kịp thời, xử lý nhanh chóng, công minh theo đúng pháp luật;

- Mọi pháp nhân thương mại phạm tội đều bình đẳng trước pháp luật, không phân biệt hình thức sở hữu và thành phần kinh tế;

- Nghiêm trị pháp nhân thương mại phạm tội dùng thủ đoạn tinh vi, có tính chất chuyên nghiệp, cố ý gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng;

- Khoan hồng đối với pháp nhân thương mại tích cực hợp tác với cơ quan tiến hành tố tụng trong quá trình giải quyết vụ án, tự nguyện sửa chữa hoặc bồi thường thiệt hại gây ra, chủ động ngăn chặn hoặc khắc phục hậu quả xảy ra.

- Điều 6 Bộ luật hình sự năm 2015 quy định hiệu lực đối với những hành vi phạm tội ở ngoài lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, theo đó:

+ Công dân Việt Nam hoặc pháp nhân thương mại Việt Nam có hành vi phạm tội ở ngoài lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam mà Bộ luật hình sự năm 2015 quy định là tội phạm, thì có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự tại Việt Nam theo quy định của Bộ luật hình sự năm 2015.

+ Quy định này cũng được áp dụng đối với người không quốc tịch thường trú ở Việt Nam.

+ Người nước ngoài, pháp nhân thương mại nước ngoài phạm tội ở ngoài lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của Bộ luật hình sự năm 2015 trong trường hợp hành vi phạm tội xâm hại quyền, lợi ích hợp pháp của công dân Việt Nam hoặc xâm hại lợi ích của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam hoặc theo quy định của điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

II. TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ ĐỐI VỚI PHÁP NHÂN THƯƠNG MẠI PHẠM TỘI

Bộ luật hình sự năm 2015 dành riêng Chương XI quy định đối với pháp nhân thương mại phạm tội. Theo Điều 75 Bộ luật hình sự năm 2015, pháp nhân thương mại chỉ phải chịu trách nhiệm hình sự khi có đủ các điều kiện sau đây: a) Hành vi phạm tội được thực hiện nhân danh pháp nhân thương mại; b) Hành vi phạm tội được thực hiện vì lợi ích của pháp nhân thương mại; c) Hành vi phạm tội được thực hiện có sự chỉ đạo, điều hành hoặc chấp thuận của pháp nhân thương mại; d) Chưa hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 27 Bộ luật hình sự năm 2015. Ngoài ra, việc pháp nhân thương mại chịu trách nhiệm hình sự không loại trừ trách nhiệm hình sự của cá nhân.

Trong quá trình tham gia tố tụng, các Luật sư cần tìm hiểu và nắm vững phạm vi chịu trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại theo quy định tại Điều 76 Bộ luật hình sự năm 2015. Theo đó, pháp nhân thương mại chỉ phải chịu trách nhiệm hình sự về các tội phạm sau đây:

Thứ nhất, các tội danh được quy định tại Điều 188 (tội buôn lậu); Điều 189 (tội vận chuyển trái phép hàng hóa, tiền tệ qua biên giới); Điều 190 (tội sản xuất, buôn bán hàng cấm); Điều 191 (tội tàng trữ, vận chuyển hàng cấm); Điều 192 (tội sản xuất, buôn bán hàng giả); Điều 193 (tội sản xuất, buôn bán hàng giả là lương thực, thực phẩm,

phụ gia thực phẩm); Điều 194 (tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh); Điều 195 (tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thức ăn dùng để chăn nuôi, phân bón, thuốc thú y, thuốc bảo vệ thực vật, giống cây trồng, vật nuôi); Điều 196 (tội đầu cơ); Điều 200 (tội trốn thuế); Điều 203 (tội in, phát hành, mua bán trái phép hóa đơn, chứng từ); Điều 209 (tội cố ý công bố thông tin sai lệch hoặc che giấu thông tin trong hoạt động chứng khoán); Điều 210 (tội sử dụng thông tin nội bộ để mua bán chứng khoán); Điều 211 (tội thao túng thị trường chứng khoán); Điều 213 (tội gian lận trong kinh doanh bảo hiểm); Điều 216 (tội trốn đóng bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp cho người lao động); Điều 217 (tội vi phạm quy định về cạnh tranh); Điều 225 (tội xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan); Điều 226 (tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp); Điều 227 (tội vi phạm các quy định về nghiên cứu, thăm dò, khai thác tài nguyên); Điều 232 (tội vi phạm các quy định về khai thác và bảo vệ rừng); Điều 234 (Tội vi phạm quy định về quản lý, bảo vệ động vật hoang dã);

Thứ hai, các tội danh được quy định tại Điều 235 (tội gây ô nhiễm môi trường); Điều 237 (tội vi phạm phòng ngừa, ứng phó, khắc phục sự cố môi trường); Điều 238 (tội vi phạm quy định về bảo vệ an toàn công trình thủy lợi, đê điều và phòng, chống thiên tai; vi phạm quy định về bảo vệ bờ, bãi sông); Điều 239 (tội đưa chất thải vào lãnh thổ Việt Nam); Điều 242 (tội hủy hoại nguồn lợi thủy sản); Điều 243 (tội hủy hoại rừng); Điều 244 (tội vi phạm quy định về quản lý, bảo vệ động vật nguy cấp, quý, hiếm); Điều 245 (tội vi phạm các quy định về quản lý khu bảo tồn thiên nhiên); Điều 246 (tội nhập khẩu, phát tán các loài ngoại lai xâm hại).

1. Các hình phạt đối với pháp nhân thương mại phạm tội

a) Phạt tiền (Điều 77):

+ Phạt tiền được áp dụng là hình phạt chính hoặc hình phạt bổ sung đối với pháp nhân thương mại phạm tội.

+ Mức tiền phạt được quyết định căn cứ vào tính chất, mức độ nguy hiểm của tội phạm và có xét đến tình hình tài chính của pháp nhân thương mại phạm tội, sự biến động của giá cả nhưng không được thấp hơn 50.000.000 đồng.

b) Đình chỉ hoạt động có thời hạn (Điều 78):

+ Đình chỉ hoạt động có thời hạn là tạm dừng hoạt động của pháp nhân thương mại trong một hoặc một số lĩnh vực mà pháp nhân thương mại phạm tội gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe con người, môi trường hoặc an ninh, trật tự, an toàn xã hội và hậu quả gây ra có khả năng khắc phục trên thực tế;

+ Thời hạn đình chỉ hoạt động từ 06 tháng đến 03 năm.

c) Đình chỉ hoạt động vĩnh viễn (Điều 79):

+ Đình chỉ hoạt động vĩnh viễn là chấm dứt hoạt động của pháp nhân thương mại trong một hoặc một số lĩnh vực mà pháp nhân thương mại phạm tội gây thiệt hại hoặc có khả năng thực tế gây thiệt hại đến tính mạng của nhiều người, gây sự cố môi trường hoặc gây ảnh hưởng xấu đến an ninh, trật tự, an toàn xã hội và không có khả năng khắc phục hậu quả gây ra.

+ Pháp nhân thương mại được thành lập chỉ để thực hiện tội phạm thì bị đình chỉ vĩnh viễn toàn bộ hoạt động.

d) Cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định (Điều 80):

+ Cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định được áp dụng khi xét thấy nếu để pháp nhân thương mại bị kết án tiếp tục kinh doanh hoặc hoạt động trong lĩnh vực đó, thì có thể gây nguy hại cho tính mạng, sức khỏe của con người hoặc cho xã hội.

+ Tòa án quyết định lĩnh vực cụ thể bị cấm kinh doanh hoặc cấm hoạt động.

+ Thời hạn cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định là từ 01 năm đến 03 năm, kể từ ngày bản án có hiệu lực pháp luật.

đ) Cấm huy động vốn (Điều 81):

+ Cấm huy động vốn được áp dụng khi xét thấy nếu để pháp nhân thương mại bị kết án huy động vốn thì có nguy cơ tiếp tục phạm tội.

+ Các hình thức cấm huy động vốn bao gồm: Cấm vay vốn ngân hàng, tổ chức tín dụng hoặc các quỹ đầu tư; Cấm phát hành, chào bán chứng khoán; Cấm huy động vốn khách hàng; Cấm liên doanh, liên kết trong và ngoài nước; Cấm hình thành quỹ tín thác bất động sản.

+ Tòa án quyết định áp dụng một hoặc một số hình thức cấm huy động vốn quy định tại khoản 2 Điều 81 Bộ luật hình sự năm 2015.

+ Thời hạn cấm huy động vốn là từ 01 năm đến 03 năm, kể từ ngày bản án có hiệu lực pháp luật.

2. Các biện pháp tư pháp áp dụng đối với pháp nhân thương mại phạm tội (Điều 82)

a) Tòa án có thể quyết định áp dụng các biện tư pháp sau đây đối với pháp nhân thương mại phạm tội:

+ Các biện pháp tư pháp quy định tại Điều 47 và Điều 48 Bộ luật hình sự năm 2015;

+ Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu;

+ Buộc thực hiện một số biện pháp nhằm khắc phục, ngăn chặn hậu quả tiếp tục xảy ra.

b) Tòa án có thể quyết định áp dụng biện pháp tư pháp buộc pháp nhân thương mại phạm tội phải khôi phục lại tình trạng ban đầu đã bị thay đổi do hành vi phạm phạm tội của mình gây ra:

Căn cứ vào từng trường hợp phạm tội cụ thể, Tòa án có thể quyết định buộc pháp nhân thương mại phạm tội phải thực hiện một hoặc một số biện pháp sau đây nhằm khắc phục, ngăn chặn hậu quả của tội phạm:

+ Buộc tháo dỡ công trình, phần công trình xây dựng không có giấy phép hoặc xây dựng không đúng với giấy phép;

+ Buộc khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh;

+ Buộc đưa ra khỏi lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam hoặc tái xuất hàng hóa, vật phẩm, phương tiện được đưa vào lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, nhập khẩu trái với quy định của pháp luật hoặc được tạm nhập, tái xuất nhưng không tái xuất theo đúng quy định của pháp luật; hàng hóa nhập khẩu, quá cảnh xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, hàng hóa giả mạo quyền sở hữu trí tuệ, phương tiện, nguyên liệu, vật liệu nhập khẩu được sử dụng chủ yếu để sản xuất, kinh doanh hàng hóa giả mạo về sở hữu trí tuệ sau khi đã loại bỏ yếu tố vi phạm;

+ Buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường, văn hóa phẩm có nội dung độc hại hoặc tang vật khác thuộc đối tượng bị tiêu hủy theo quy định của pháp luật;

+ Buộc loại bỏ yếu tố vi phạm trên hàng hóa, bao bì hàng hóa, phương tiện kinh doanh, vật phẩm;

+ Buộc thu hồi sản phẩm, hàng hóa vi phạm đang lưu thông trên thị trường.

3. Căn cứ quyết định hình phạt, các tình tiết giảm nhẹ, tăng nặng trách nhiệm hình sự áp dụng đối với pháp nhân

Các Luật sư cần quan tâm và nắm vững các quy định sau đây:

Thứ nhất, về căn cứ quyết định hình phạt đối với pháp nhân thương mại phạm tội (Điều 83): Khi quyết định hình phạt, Tòa án căn cứ vào quy định của Bộ luật hình sự năm 2015, cân nhắc tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội, việc chấp hành pháp luật của pháp nhân thương mại và các tình tiết giảm nhẹ và tăng nặng trách nhiệm hình sự áp dụng đối với pháp nhân thương mại.

Thứ hai, về các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự áp dụng đối với pháp nhân thương mại (Điều 84): Các tình tiết sau đây là tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự: Đã ngăn chặn hoặc làm giảm bớt tác hại

của tội phạm; Tự nguyện sửa chữa, bồi thường thiệt hại hoặc khắc phục hậu quả; Phạm tội nhưng chưa gây thiệt hại hoặc gây thiệt hại không lớn; Tích cực hợp tác với các cơ quan tiến hành tố tụng trong quá trình giải quyết vụ án; Có nhiều đóng góp trong việc thực hiện chính sách xã hội. Khi quyết định hình phạt, Tòa án có thể coi các tình tiết khác là tình tiết giảm nhẹ, nhưng phải ghi rõ lý do giảm nhẹ trong bản án. Ngoài ra, các tình tiết giảm nhẹ đã được Bộ luật hình sự năm 2015 quy định là dấu hiệu định tội hoặc định khung thì không được coi là tình tiết giảm nhẹ trong khi quyết định hình phạt.

Thứ ba, về các tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự áp dụng đối với pháp nhân thương mại (Điều 85): Chỉ các tình tiết sau đây mới là tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự: Câu kết với pháp nhân thương mại khác để phạm tội; Cố ý thực hiện tội phạm đến cùng; Phạm tội 02 lần trở lên; Tái phạm hoặc tái phạm nguy hiểm; Lợi dụng hoàn cảnh chiến tranh, tình trạng khẩn cấp, thiên tai, dịch bệnh hoặc những khó khăn đặc biệt khác của xã hội để phạm tội; Dùng thủ đoạn tinh vi để phạm tội hoặc nhằm trốn tránh, che giấu tội phạm. Cần lưu ý, các tình tiết đã được Bộ luật hình sự năm 2015 quy định là dấu hiệu định tội hoặc định khung hình phạt thì không được coi là tình tiết tăng nặng.

Về quyết định hình phạt trong trường hợp pháp nhân thương mại phạm nhiều tội, tổng hợp hình phạt của nhiều bản án, miễn hình phạt và xóa án tích:

Liên quan đến vấn đề này, các Luật sư cần lưu ý quy định về việc quyết định hình phạt trong trường hợp pháp nhân thương mại phạm nhiều tội (Điều 86), theo đó, khi xét xử cùng 01 lần pháp nhân thương mại phạm nhiều tội, Tòa án quyết định hình phạt đối với từng tội và tổng hợp hình phạt theo quy định sau đây:

- *Đối với hình phạt chính*: Nếu các hình phạt đã tuyên cùng là phạt tiền thì các khoản tiền phạt được cộng lại thành hình phạt chung; Hình phạt đã tuyên là đình chỉ hoạt động có thời hạn đối với từng lĩnh vực cụ thể thì không tổng hợp; Hình phạt tiền không tổng hợp với các loại hình phạt khác;

- *Đối với hình phạt bổ sung*: Nếu các hình phạt đã tuyên là cùng loại thì hình phạt chung được quyết định trong giới hạn do Bộ luật này quy định đối với hình phạt đó; riêng đối với hình phạt tiền thì các khoản tiền được cộng lại thành hình phạt chung; Nếu các hình phạt đã tuyên là khác loại thì pháp nhân thương mại bị kết án phải chấp hành tất cả các hình phạt đã tuyên.

- *Về tổng hợp hình phạt của nhiều bản án* (Điều 87): Trường hợp pháp nhân thương mại đang chấp hành một bản án mà lại bị xét xử về tội đã phạm trước khi có bản án này, thì Tòa án quyết định hình phạt đối với tội đang bị xét xử, sau đó quyết định hình phạt chung theo quy định tại Điều 86 Bộ luật hình sự năm 2015. Thời gian đã chấp hành hình phạt của bản án trước về đình chỉ hoạt động có thời hạn, cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định hoặc cấm huy động vốn được trừ vào thời hạn chấp hành hình phạt chung. Khi xét xử một pháp nhân thương mại đang phải chấp hành một bản án mà lại thực hiện hành vi phạm tội mới, Tòa án quyết định hình phạt đối với tội mới, sau đó tổng hợp với phần hình phạt chưa chấp hành của bản án trước rồi quyết định hình phạt chung theo quy định tại Điều 86 của Bộ luật này. Ngoài ra, trong trường hợp một pháp nhân thương mại phải chấp hành nhiều bản án đã có hiệu lực pháp luật mà các hình phạt của các bản án chưa được tổng hợp, thì Chánh án Tòa án có thẩm quyền ra quyết định tổng hợp hình phạt của các bản án theo quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều 87.

- *Về miễn hình phạt:* Điều 88 quy định pháp nhân thương mại phạm tội có thể được miễn hình phạt khi đã khắc phục toàn bộ hậu quả và đã bồi thường toàn bộ thiệt hại do hành vi phạm tội gây ra. Ngoài ra, pháp nhân thương mại bị kết án đương nhiên được xóa án tích nếu trong thời hạn 02 năm kể từ khi chấp hành xong hình phạt chính, hình phạt bổ sung, các quyết định khác của bản án hoặc từ khi hết thời hiệu thi hành bản án mà pháp nhân thương mại không thực hiện hành vi phạm tội mới (Điều 89).

III. KỸ NĂNG THAM GIA TỐ TỤNG, BÀO CHỮA, BẢO VỆ QUYỀN VÀ LỢI ÍCH HỢP PHÁP CHO PHÁP NHÂN

1. Phạm vi áp dụng thủ tục tố tụng, giải thích quyền và nghĩa vụ của người đại diện pháp nhân thương mại bị truy cứu trách nhiệm hình sự

Trong quá trình bào chữa cho pháp nhân, điều Luật sư cần quan tâm đầu tiên là thủ tục tố tụng, việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân bị tố giác, bị khởi tố, bị điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án được tiến hành giống như truy cứu trách nhiệm hình sự của cá nhân, có tính đến những điểm khác biệt nhất định được quy định tại Chương XXIX Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Khi tiếp khách hàng là pháp nhân thương mại bị khởi tố vụ án, khởi tố bị can, Luật sư cần kiểm tra kỹ các chi tiết trong Quyết định khởi tố bị can đối với pháp nhân như thời gian, địa điểm ra quyết định; họ tên, chức vụ người ra quyết định; tên và địa chỉ của pháp nhân theo quyết định thành lập của cơ quan có thẩm quyền; tội danh, điều khoản của Bộ luật hình sự đã áp dụng; thời gian, địa điểm phạm tội và những tình tiết khác của tội phạm. Nếu pháp nhân bị khởi tố về nhiều tội khác nhau thì trong quyết định khởi tố bị can đối với pháp nhân phải ghi rõ từng tội danh và điều, khoản của Bộ luật hình sự đã áp dụng.

Cũng giống như khi tiếp xúc, trao đổi với khách hàng là cá nhân, trong trường hợp pháp nhân thương mại bị truy cứu trách nhiệm hình sự, cần chuẩn bị các thủ tục để pháp nhân đề cử hoặc lựa chọn người đại diện theo pháp luật của pháp nhân tham gia tố tụng được quy định tại Điều 434 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Theo đó, mọi hoạt động tố tụng của pháp nhân bị truy cứu trách nhiệm hình sự được thông qua người đại diện theo pháp luật của pháp nhân. Pháp nhân phải cử và bảo đảm cho người đại diện theo pháp luật của mình tham gia đầy đủ các hoạt động khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án theo yêu cầu của cơ quan, người có thẩm quyền.

Trường hợp người đại diện theo pháp luật của pháp nhân bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử hoặc không thể tham gia tố tụng được thì pháp

nhân phải cử người khác làm người đại diện theo pháp luật tham gia tố tụng. Trường hợp pháp nhân thay đổi người đại diện thì pháp nhân phải thông báo ngay cho cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng. Tại thời điểm khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử mà pháp nhân không có người đại diện theo pháp luật hoặc có nhiều người cùng là đại diện theo pháp luật thì cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng chỉ định một người đại diện cho pháp nhân tham gia tố tụng. Luật sư cần hướng dẫn người đại diện theo pháp luật của pháp nhân tham gia tố tụng thông báo cho cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng họ tên, ngày, tháng, năm sinh, quốc tịch, dân tộc, tôn giáo, giới tính, nghề nghiệp, chức vụ của mình. Nếu có sự thay đổi những thông tin này thì người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại bị khởi tố phải thông báo ngay cho cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng.

Do pháp nhân thương mại phạm tội khi bị truy cứu trách nhiệm hình sự có thể chủ động liên hệ, giao dịch, nên Luật sư cần tạo thêm điều kiện và thời gian để giải thích các quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân theo quy định tại Điều 435 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, bao gồm:

- *Về quyền của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân:* (a) Được thông báo kết quả giải quyết nguồn tin về tội phạm; (b) Được biết lý do pháp nhân mà mình đại diện bị khởi tố; (c) Được thông báo, được giải thích về quyền và nghĩa vụ quy định tại Điều 435 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015; (d) Được nhận quyết định khởi tố bị can đối với pháp nhân; quyết định thay đổi, bổ sung quyết định khởi tố bị can đối với pháp nhân; quyết định phê chuẩn quyết định khởi tố bị can đối với pháp nhân; quyết định phê chuẩn quyết định thay đổi, bổ sung quyết định khởi tố bị can đối với pháp nhân; quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp cưỡng chế; bản kết luận điều tra; quyết định đình chỉ, tạm đình chỉ điều tra; quyết định đình chỉ, tạm đình chỉ vụ án; bản cáo trạng; quyết định đưa vụ án ra xét xử; bản án, quyết định của Tòa án và quyết định tố tụng khác theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015; (đ) Trình bày lời khai, trình bày ý kiến, không buộc phải đưa ra lời khai

chống lại pháp nhân mà mình đại diện hoặc buộc phải thừa nhận pháp nhân mà mình đại diện có tội; (e) Đưa ra chứng cứ, tài liệu, đồ vật, yêu cầu; (g) Đề nghị thay đổi người có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người giám định, người định giá tài sản, người phiên dịch, người dịch thuật theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015; (h) Tự bào chữa, nhờ người bào chữa cho pháp nhân; (i) Được đọc, ghi chép bản sao tài liệu hoặc tài liệu đã được số hóa liên quan đến việc buộc tội, gỡ tội hoặc bản sao tài liệu khác liên quan đến việc bào chữa cho pháp nhân kể từ khi kết thúc điều tra khi có yêu cầu; (k) Tham gia phiên tòa, đề nghị Chủ tọa phiên tòa hỏi hoặc tự mình hỏi những người tham gia phiên tòa nếu được chủ tọa đồng ý; tranh luận tại phiên tòa; (l) Phát biểu ý kiến sau cùng trước khi nghị án; (m) Xem biên bản phiên tòa, yêu cầu ghi những sửa đổi, bổ sung vào biên bản phiên tòa; (n) Kháng cáo bản án, quyết định của Tòa án; (o) Khiếu nại quyết định, hành vi tố tụng của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng.

Cần lưu ý, trong số các quyền này, người đại diện theo pháp luật của pháp nhân có quyền tự bào chữa, nhờ người bào chữa cho pháp nhân. Các thủ tục đăng ký người bào chữa và tham dự các buổi hỏi cung, làm việc, đối chất, khám nghiệm hiện trường, giám định thiệt hại, nghiên cứu, sao chụp hồ sơ vụ án, xây dựng đề cương, kế hoạch thẩm vấn và tham gia tranh tụng tại phiên tòa của Luật sư đã được quy định chi tiết tại Chương V Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 và được trình bày tại Chương 2 của tập sách này.

- *Về nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân:* (a) Có mặt theo giấy triệu tập của người có thẩm quyền tiến hành tố tụng, trường hợp vắng mặt không vì lý do bất khả kháng hoặc do trở ngại khách quan thì có thể bị dẫn giải; (b) Chấp hành quyết định, yêu cầu của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng.

2. Về việc tư vấn và hỗ trợ cho pháp nhân khi bị cơ quan tiến hành tố tụng áp dụng các biện pháp cưỡng chế

Do phạm vi áp dụng các tội danh đối với pháp nhân thương mại phạm tội chủ yếu trong các lĩnh vực trật tự quản lý kinh tế, môi trường, v.v.,

nên hình phạt hay biện pháp tư pháp chủ yếu nhằm bảo đảm khả năng khắc phục hậu quả của vụ án hoặc hạn chế đến mức thấp nhất thiệt hại có thể xảy ra. Vì thế, trong quá trình tố tụng, cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án có thể sẽ áp dụng các biện pháp cưỡng chế sau đây đối với pháp nhân bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, bao gồm:

Một là, kê biên tài sản liên quan đến hành vi phạm tội của pháp nhân (Điều 437 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015). Kê biên tài sản áp dụng đối với pháp nhân bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử về tội mà Bộ luật hình sự quy định hình phạt tiền hoặc để bảo đảm bồi thường thiệt hại. Dó đó, Luật sư cần trợ giúp người đại diện theo pháp luật của pháp nhân kiểm tra xem xét việc kê biên phần tài sản có tương ứng với mức có thể bị tịch thu, phạt tiền hoặc bồi thường thiệt hại hay không. Cần lưu ý và giải thích rõ, tài sản bị kê biên được giao cho người đứng đầu pháp nhân có trách nhiệm bảo quản; nếu để xảy ra việc tiêu dùng, sử dụng trái phép, chuyển nhượng, đánh tráo, cất giấu, hủy hoại tài sản bị kê biên thì người này phải chịu trách nhiệm theo quy định của pháp luật. Khi kê biên tài sản của pháp nhân bắt buộc phải có mặt những người sau đây: (a) Người đại diện theo pháp luật của pháp nhân; (b) Đại diện chính quyền xã, phường, thị trấn nơi pháp nhân có tài sản bị kê biên; (c) Người chứng kiến. Ngoài ra, nếu pháp nhân có yêu cầu, Luật sư có thể có mặt theo diện người chứng kiến.

Hai là, phong tỏa tài khoản của pháp nhân liên quan đến hành vi phạm tội của pháp nhân (Điều 438 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015). Phong tỏa tài khoản áp dụng đối với pháp nhân bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử về tội mà Bộ luật hình sự quy định hình phạt tiền hoặc để bảo đảm bồi thường thiệt hại và có căn cứ xác định pháp nhân đó có tài khoản tại tổ chức tín dụng hoặc Kho bạc Nhà nước. Tuy nhiên, các Luật sư cần lưu ý là việc phong tỏa tài khoản cũng được áp dụng đối với tài khoản của cá nhân, tổ chức khác nếu có căn cứ xác định số tiền

trong tài khoản đó liên quan đến hành vi phạm tội của pháp nhân và chỉ phong tỏa số tiền trong tài khoản tương ứng với mức có thể phạt tiền hoặc bồi thường thiệt hại. Về thủ tục, cơ quan có thẩm quyền phong tỏa tài khoản phải giao quyết định phong tỏa tài khoản cho đại diện tổ chức tín dụng hoặc Kho bạc Nhà nước đang quản lý tài khoản của pháp nhân hoặc tài khoản của cá nhân, tổ chức khác liên quan đến hành vi phạm tội của pháp nhân.

Ba là, tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động của pháp nhân liên quan đến hành vi phạm tội của pháp nhân và buộc nộp một khoản tiền để bảo đảm thi hành án (Điều 439 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015). Quyết định tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động của pháp nhân chỉ áp dụng khi có căn cứ xác định hành vi phạm tội của pháp nhân gây thiệt hại hoặc có khả năng gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe của con người, môi trường hoặc trật tự, an toàn xã hội. Người có thẩm quyền quy định tại khoản 1 Điều 113 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 có quyền ra quyết định tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động của pháp nhân và phải được Viện kiểm sát cùng cấp phê chuẩn trước khi thi hành. Thời hạn tạm đình chỉ hoạt động của pháp nhân không được quá thời hạn điều tra, truy tố, xét xử theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Thời hạn tạm đình chỉ đối với pháp nhân bị kết án không quá thời hạn kể từ khi tuyên án cho đến thời điểm pháp nhân chấp hành án.

Về quyết định buộc nộp một khoản tiền để bảo đảm thi hành án áp dụng đối với pháp nhân bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử về tội mà Bộ luật hình sự quy định hình phạt tiền hoặc để bảo đảm bồi thường thiệt hại. Pháp nhân sẽ chỉ buộc nộp một khoản tiền để bảo đảm thi hành án tương ứng với mức có thể bị phạt tiền hoặc để bồi thường thiệt hại. Người có thẩm quyền quy định tại khoản 1 Điều 113 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 có quyền ra quyết định buộc pháp nhân phải nộp một khoản tiền để bảo đảm thi hành án và phải được Viện kiểm sát cùng cấp phê chuẩn trước khi thi hành.

3. Một số kỹ năng trong việc trợ giúp khách hàng khi lấy lời khai, thu thập, kiểm tra, sử dụng, đánh giá chứng cứ

Việc trợ giúp khách hàng khi cơ quan điều tra tiến hành lấy lời khai có ý nghĩa rất quan trọng trong quá trình tham gia tố tụng. Về nguyên tắc, việc lấy lời khai người đại diện theo pháp luật của pháp nhân phải do Điều tra viên, cán bộ điều tra của cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra thực hiện tại nơi tiến hành điều tra, tại trụ sở cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra hoặc tại trụ sở của pháp nhân. Trước khi lấy lời khai, Điều tra viên, cán bộ điều tra phải thông báo cho Kiểm sát viên và người bào chữa thời gian, địa điểm lấy lời khai. Khi xét thấy cần thiết, Kiểm sát viên tham gia việc lấy lời khai.

Luật sư cần giải thích cho khách hàng biết rõ, trước khi tiến hành lấy lời khai lần đầu, Điều tra viên, cán bộ điều tra của cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải giải thích cho người đại diện theo pháp luật của pháp nhân biết rõ quyền và nghĩa vụ quy định tại Điều 435 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 và phải ghi vào biên bản. Người đại diện theo pháp luật của pháp nhân có thể tự viết lời khai của mình và không được lấy lời khai người đại diện theo pháp luật của pháp nhân vào ban đêm. Khoản 4 Điều 442 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định Kiểm sát viên lấy lời khai người đại diện theo pháp luật của pháp nhân trong trường hợp người này không thừa nhận hành vi phạm tội của pháp nhân, khiếu nại hoạt động điều tra hoặc có căn cứ xác định việc điều tra vi phạm pháp luật hoặc trong trường hợp khác khi xét thấy cần thiết.

Điểm đặc biệt mà Luật sư cần chú ý để tư vấn kịp thời cho khách hàng là việc lấy lời khai của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân tại trụ sở cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải được ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh. Việc lấy lời khai của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân tại các địa điểm khác được ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh theo yêu cầu

của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân, của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng.

Khi nghiên cứu hồ sơ, chuẩn bị quan điểm pháp lý bào chữa, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho pháp nhân, Luật sư cần tập trung giúp người đại diện theo pháp luật của pháp nhân trình bày, làm rõ những điểm mấu chốt sau:

- Có hành vi phạm tội xảy ra hay không; thời gian, địa điểm và những tình tiết khác của hành vi phạm tội; trách nhiệm hình sự của pháp nhân theo quy định nào của Bộ luật hình sự.

- Lỗi của pháp nhân, lỗi của cá nhân là thành viên của pháp nhân. Mặc dù chưa có văn bản hướng dẫn thế nào là lỗi của pháp nhân, nhưng về mặt lý luận, mặt chủ quan của tội phạm được biểu hiện thông qua ba yếu tố là lỗi, động cơ phạm tội và mục đích phạm tội. Luật sư khi tham gia tố tụng, cần tìm hiểu, trao đổi, thu thập các chứng cứ, tài liệu chứng minh pháp nhân hoặc người đại diện theo pháp luật của pháp nhân có nhận thức rõ hành vi của mình là nguy hiểm cho xã hội, thấy trước hậu quả của hành vi đó và mong muốn hậu quả xảy ra; hoặc nhận thức rõ hành vi của mình là nguy hiểm cho xã hội, thấy trước hậu quả của hành vi đó có thể xảy ra, tuy không mong muốn nhưng vẫn có ý thức để mặc cho hậu quả xảy ra hay không. Tất nhiên, trong thực tế vẫn nảy sinh phạm tội do lỗi vô ý, theo đó, pháp nhân thương mại tuy thấy trước hành vi của mình có thể gây ra hậu quả nguy hại cho xã hội nhưng cho rằng hậu quả đó sẽ không xảy ra hoặc có thể ngăn ngừa được; hoặc không thấy trước hành vi của mình có thể gây ra hậu quả nguy hại cho xã hội, mặc dù phải thấy trước và có thể thấy trước hậu quả đó.

- Cần xem xét tính chất và mức độ thiệt hại do hành vi phạm tội của pháp nhân gây ra, cách thức, phương pháp, căn cứ để xác định mức độ thiệt hại thông qua quyết định trưng cầu giám định hoặc do Hội đồng định giá tài sản tiến hành.

- Luật sư cần xem xét, làm rõ những tình tiết giảm nhẹ, tăng nặng trách nhiệm hình sự và tình tiết khác liên quan đến miễn hình phạt cũng như nguyên nhân và điều kiện phạm tội như đã nói ở trên.

4. Một số điểm cần lưu ý trong thủ tục xét xử và thi hành án đối với pháp nhân

Theo quy định tại Điều 444 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, Tòa án có thẩm quyền xét xử vụ án hình sự về các tội phạm do pháp nhân thực hiện là Tòa án nơi pháp nhân thực hiện tội phạm. Trường hợp tội phạm được thực hiện tại nhiều nơi khác nhau thì Tòa án có thẩm quyền xét xử là Tòa án nơi pháp nhân đó có trụ sở chính hoặc nơi có chi nhánh của pháp nhân đó thực hiện tội phạm.

Việc xét xử sơ thẩm, phúc thẩm, giám đốc thẩm, tái thẩm đối với pháp nhân phạm tội được thực hiện theo thủ tục chung quy định tại Phần thứ tư và Phần thứ sáu của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015. Phiên tòa xét xử đối với pháp nhân phải có mặt người đại diện theo pháp luật của pháp nhân, Kiểm sát viên Viện kiểm sát cùng cấp; có mặt người bị hại hoặc người đại diện của người bị hại.

Về thẩm quyền, thủ tục thi hành án đối với pháp nhân, Điều 445 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 quy định thủ trưởng Cơ quan thi hành án dân sự là người có thẩm quyền là người ra quyết định thi hành hình phạt tiền đối với pháp nhân. Trình tự, thủ tục thi hành hình phạt tiền được thực hiện theo quy định của Luật thi hành án dân sự hiện hành. Cơ quan nhà nước có thẩm quyền thi hành các hình phạt khác và các biện pháp tư pháp quy định tại Bộ luật hình sự năm 2015 đối với pháp nhân theo quy định của pháp luật. Trường hợp pháp nhân bị kết án thực hiện chia, tách, hợp nhất, sáp nhập thì pháp nhân kế thừa các quyền và nghĩa vụ của pháp nhân bị kết án có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ thi hành hình phạt phạt tiền, bồi thường thiệt hại.

Luật sư cũng có thể trợ giúp cho người đại diện theo pháp luật của pháp nhân về thủ tục đương nhiên xóa án tích đối với pháp nhân.

Theo Điều 446 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, trong thời hạn 05 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu của pháp nhân được đương nhiên xóa án tích và xét thấy có đủ điều kiện quy định tại Điều 89 Bộ luật hình sự năm 2015, cụ thể là nếu trong thời hạn 02 năm kể từ khi chấp hành xong hình phạt chính, hình phạt bổ sung, các quyết định khác của bản án hoặc từ khi hết thời hiệu thi hành bản án mà pháp nhân thương mại không thực hiện hành vi phạm tội mới thì Chánh án Tòa án đã xét xử sơ thẩm vụ án cấp giấy chứng nhận pháp nhân đã được xóa án tích.

PHẦN 2

KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG TỐ TỤNG HÀNH CHÍNH

Chương 8
NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG

I. THẨM QUYỀN XÉT XỬ VỤ ÁN HÀNH CHÍNH CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN

Khi đương sự trong vụ án hành chính có yêu cầu mời Luật sư tư vấn hoặc tham gia bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho họ tại Tòa án, điều đầu tiên Luật sư cần phải quan tâm là xem xét ngay vụ án hành chính đó có thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án nhân dân hay không và Tòa án nào có thẩm quyền giải quyết vụ án đó theo quy định của pháp luật. Điều này đòi hỏi Luật sư phải nắm vững Luật tố tụng hành chính năm 2015, đặc biệt là các quy định liên quan đến thẩm quyền của Tòa án trong việc giải quyết các vụ án hành chính, cụ thể:

1. Thẩm quyền theo vụ việc

Điều 30 Luật tố tụng hành chính năm 2015 quy định các khiếu kiện hành chính thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án, bao gồm:

- Khiếu kiện quyết định hành chính, hành vi hành chính, trừ các quyết định, hành vi sau đây:

+ Quyết định hành chính, hành vi hành chính thuộc phạm vi bí mật nhà nước trong các lĩnh vực quốc phòng, an ninh, ngoại giao theo quy định của pháp luật;

+ Quyết định, hành vi của Tòa án trong việc áp dụng biện pháp xử lý hành chính, xử lý hành vi cản trở hoạt động tố tụng;

+ Quyết định hành chính, hành vi hành chính mang tính nội bộ của cơ quan, tổ chức.

- Khiếu kiện quyết định kỷ luật buộc thôi việc công chức giữ chức vụ từ Tổng Cục trưởng và tương đương trở xuống.

- Khiếu kiện quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh.

- Khiếu kiện danh sách cử tri.

2. Thẩm quyền theo lãnh thổ

Luật tố tụng hành chính năm 2015 xác định thẩm quyền về mặt lãnh thổ của Tòa án, theo đó, thẩm quyền của Tòa án cấp quận, huyện được quy định tại Điều 31 và thẩm quyền của Tòa án cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương được quy định tại Điều 32.

Trong thực tế, khách hàng vừa có đơn khiếu nại (theo trình tự khiếu nại), vừa có đơn khởi kiện thì Luật sư cần vận dụng Điều 33 Luật tố tụng hành chính năm 2015 để tư vấn cho khách hàng lựa chọn cơ quan giải quyết phù hợp.

II. XÁC ĐỊNH TƯ CÁCH CỦA NGƯỜI THAM GIA TỐ TỤNG

1. Xác định tư cách đương sự

Ngoài việc quan tâm đến thẩm quyền giải quyết vụ án hành chính của Tòa án, Luật sư còn phải nghiên cứu các quy định của pháp luật để xác định tư cách tố tụng của các chủ thể trong vụ án hành chính (người khởi kiện, người bị kiện, người có quyền và nghĩa vụ liên quan đến vụ án). Để làm tốt điều đó, Luật sư phải nắm vững các điều từ Điều 53 đến Điều 64 Luật tố tụng hành chính năm 2015.

2. Thu thập chứng cứ để bảo vệ quyền lợi của đương sự

Việc thu thập chứng cứ để bảo vệ quyền và lợi ích của khách hàng trong vụ án hành chính là cực kỳ quan trọng, có ý nghĩa quyết định đến sự thành công trong việc tư vấn hoặc tranh tụng của Luật sư đối với khách hàng. Do vậy, Luật sư phải đặc biệt quan tâm, bám sát yêu cầu của khách hàng và nắm vững các quy định của Luật tố tụng hành chính về chứng cứ, trên cơ sở đó, yêu cầu đương sự cung cấp các tài liệu chứng cứ và thu thập thêm những chứng cứ cần thiết khác để bảo vệ quyền và

lợi ích hợp pháp của khách hàng. Muốn làm tốt được nội dung này, Luật sư cần hiểu rõ các quy định từ Điều 78 đến Điều 98 Luật tố tụng hành chính năm 2015.

3. Một số vấn đề chú ý khi thu thập chứng cứ

Ngoài việc nắm vững các quy định của pháp luật về chứng cứ, Luật sư cần có kỹ năng thu thập và cung cấp chứng cứ cho Tòa án nhân dân có thẩm quyền để giải quyết vụ án theo quy định của pháp luật. Khi thu thập, cung cấp chứng cứ, Luật sư cần chú ý một số kỹ năng sau đây:

a) Giao nộp tài liệu, chứng cứ:

Khi trực tiếp hoặc tư vấn cho khách hàng giao nộp các tài liệu, chứng cứ cho Tòa án, Luật sư cần yêu cầu hoặc trực tiếp soạn thảo cho khách hàng văn bản trình bày về xuất xứ của các tài liệu, chứng cứ để giao nộp cho Tòa án theo quy định tại Điều 83 Luật tố tụng hành chính năm 2015 và theo quy định của pháp luật hiện hành.

b) Tham gia xem xét, thẩm định tại chỗ:

Khi trực tiếp hoặc tư vấn cho khách hàng tham gia xem xét, thẩm định tại chỗ, Luật sư cần đặc biệt chú ý đến tính chính xác của công việc thẩm định, theo đó phải kiểm tra đối chiếu nội dung biên bản thẩm định với đặc điểm, hình dáng, kích thước, v.v., của đối tượng cần thẩm định, đồng thời yêu cầu người chủ trì xem xét, thẩm định sửa đổi, bổ sung những nội dung không chính xác của biên bản xem xét, thẩm định trước khi ký tên vào biên bản thẩm định theo quy định của pháp luật.

c) Tham gia đối chất:

Khi trực tiếp hoặc tư vấn cho khách hàng tham gia đối chất, Luật sư cần hướng dẫn cho khách hàng về kỹ năng lắng nghe, phân tích để phát hiện những ý kiến không đúng của người tham gia đối chất khác, trên cơ sở đó có sự phản biện một cách thuyết phục và có căn cứ pháp luật. Phải đọc kỹ biên bản đối chất để kịp thời yêu cầu người chủ trì phiên đối chất sửa đổi, bổ sung những nội dung không chính xác trước khi ký tên vào biên bản đối chất theo quy định của pháp luật.

d) Tham gia định giá, thẩm định giá:

Khi trực tiếp hoặc tư vấn cho khách hàng tham gia định giá hoặc thẩm định giá tài sản, Luật sư cần giúp cho khách hàng khảo sát kỹ giá trị của tài sản đưa ra định giá hoặc thẩm định giá theo giá thị trường tại thời điểm tiến hành định giá hoặc thẩm định giá. Phải chuẩn bị các chứng cứ hợp pháp chứng minh giá trị của tài sản nêu trên để nộp cho người có thẩm quyền và phản biện những ý kiến của người khác tham gia vào việc định giá, thẩm định giá nếu những ý kiến đó là không chính xác và không đúng pháp luật. Phải kiểm tra kỹ tất cả các thông tin ghi trong biên bản định giá, thẩm định giá trước khi ký tên theo quy định của pháp luật. Đối với những ý kiến không thống nhất, Luật sư cần trực tiếp hoặc hướng dẫn cho khách hàng ghi rõ vào biên bản định giá, thẩm định giá kèm theo các chứng cứ chứng minh ý kiến của mình (nếu có).

4. Luật sư tham gia tố tụng tại phiên tòa

Luật sư cần chú ý về thẩm quyền của Hội đồng xét xử trong việc xem xét tính hợp pháp của các quyết định hành chính, hành vi hành chính là đối tượng khởi kiện của vụ án hành chính. Theo khoản 1 Điều 193 Luật tố tụng hành chính năm 2015, Hội đồng xét xử có thẩm quyền xem xét tính hợp pháp của quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc, quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh, danh sách cử tri bị khởi kiện, quyết định giải quyết khiếu nại và văn bản quy phạm pháp luật có liên quan. Tuy nhiên, cho đến thời điểm hiện nay, vẫn chưa có văn bản quy phạm pháp luật nào quy định chi tiết các tiêu chí cụ thể để đánh giá tính hợp pháp của quyết định hành chính, hành vi hành chính bị khởi kiện. Do vậy, việc xét xử của Tòa án nhân dân các cấp còn gặp nhiều khó khăn, kéo theo sự khó khăn của Luật sư trong việc xác định các tiêu chí để đánh giá tính hợp pháp đối với quyết định hành chính và hành vi hành chính bị khởi kiện.

Luật tố tụng hành chính năm 2015 đã có hiệu lực từ ngày 01-7-2016, tuy nhiên trên thực tế, các Tòa án thường áp dụng hướng dẫn của

Tòa án nhân dân tối cao tại Giáo trình tập huấn Luật tố tụng hành chính năm 2010 để nhận định và đánh giá tính hợp pháp của quyết định hành chính, hành vi hành chính bị khởi kiện. Do vậy Luật sư cũng cần nắm bắt nội dung này để thực hiện công việc tư vấn và tranh tụng bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng theo quy định của pháp luật.

a) Các tiêu chí đánh giá tính hợp pháp của quyết định hành chính:

- Sự hợp pháp về thẩm quyền ban hành quyết định hành chính bị khởi kiện:

Nội dung của tiêu chí này đòi hỏi người bị kiện phải căn cứ vào quy định của pháp luật theo đó người bị kiện có thẩm quyền được ký và ban hành quyết định hành chính theo thẩm quyền của họ, ví dụ: Khoản 1 Điều 38 Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định: Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã có quyền: Phạt cảnh cáo; phạt tiền đến 10% mức tiền phạt tối đa đối với lĩnh vực tương ứng quy định tại Điều 24 của luật này nhưng không quá 5.000.000 đồng. Đối chiếu với điều luật trên, chúng ta sẽ xác định được tính hợp pháp về thẩm quyền ban hành quyết định hành chính của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã theo quy định của pháp luật.

Trong trường hợp pháp luật cho phép người bị kiện ủy quyền cho cấp phó ban hành quyết định hành chính thì cấp phó được ủy quyền đó có thẩm quyền ban hành quyết định hành chính theo sự ủy quyền và phải chịu trách nhiệm về quyết định của mình trước pháp luật. Ví dụ, Điều 54 Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định người có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính có thể giao cho cấp phó thực hiện thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính. Cấp phó được giao quyền không được giao quyền hoặc ủy quyền cho bất kỳ người nào khác.

- Sự hợp pháp về thời hiệu ban hành quyết định hành chính bị khởi kiện:

Tiêu chí này được áp dụng đối với trường hợp pháp luật quy định việc ban hành quyết định hành chính của người bị kiện phải tuân thủ theo thời hiệu mà pháp luật cho phép. Trên thực tế, không phải loại

quyết định hành chính nào pháp luật cũng quy định về thời hiệu khi ban hành, mà chỉ có một số lĩnh vực cụ thể, việc ban hành quyết định hành chính phải được thực hiện trong một thời hiệu tương ứng được quy định trong văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành. Ví dụ, điểm a khoản 1 Điều 6 Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định, thời hiệu xử lý vi phạm hành chính là 01 năm, trừ một số trường hợp quy định tại khoản này, thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính là 02 năm. Do đó, Luật sư cần nắm rõ điều luật này và các điều luật liên quan để biết chính xác các quy định về thời hiệu, trên cơ sở đó đưa ra các lập luận bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho khách hàng của mình theo quy định của pháp luật.

- Sự hợp pháp về thời hạn ban hành quyết định hành chính bị khởi kiện:

Trên thực tế có một số loại việc pháp luật quy định ngoài sự tuân thủ về thời hiệu thì người có thẩm quyền còn phải tuân thủ các quy định về thời hạn khi ban hành. Ví dụ, Điều 66 Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định: Thời hạn ra quyết định xử lý vi phạm hành chính là 07 ngày kể từ ngày lập biên bản vi phạm hành chính. Đối với vụ vi phạm hành chính có nhiều tình tiết phức tạp thì thời hạn xử phạt là 30 ngày kể từ ngày lập biên bản. Trong trường hợp đặc biệt nghiêm trọng, người có thẩm quyền đang giải quyết vụ việc phải báo cáo thủ trưởng trực tiếp của mình bằng văn bản để xin gia hạn. Việc gia hạn phải bằng văn bản, thời hạn gia hạn không quá 30 ngày. Nắm rõ quy định này sẽ giúp Luật sư có thêm cơ sở pháp luật để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng.

- Sự hợp pháp của quyết định hành chính bị khởi kiện về mặt nội dung:

Tiêu chí này đòi hỏi một quyết định hành chính được ban hành phải tuân thủ các quy định của pháp luật về mặt nội dung, ví dụ: Khi người bị kiện ban hành quyết định thu hồi đất thì phải tuân theo các quy định tại các điều 61, 62, 63, 64, 65 Luật đất đai năm 2013 và các văn bản hướng dẫn áp dụng Luật đất đai có liên quan.

Thực tiễn xét xử những năm qua cho thấy, tiêu chí này là một trong những tiêu chí quan trọng bậc nhất mà bất cứ một quyết định hành chính nào cũng phải tuân theo và bất cứ một bản án hành chính nào cũng phải áp dụng để xem xét tính hợp pháp của quyết định hành chính bị khởi kiện khi xét xử. Do vậy, Luật sư cần đầu tư thời gian để sưu tầm và nghiên cứu các văn bản quy phạm pháp luật liên quan đến nội dung này, trên cơ sở đó đưa ra các lập luận có căn cứ pháp luật và có tính thuyết phục cao để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng theo quy định của pháp luật.

- Sự hợp pháp của quyết định hành chính bị khởi kiện về trình tự thủ tục:

Tiêu chí này đòi hỏi một quyết định hành chính khi ban hành phải tuân theo các trình tự thủ tục mà pháp luật quy định, ví dụ: Khi thu hồi đất để sử dụng vào mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng, người có thẩm quyền phải tuân theo các quy định về trình tự thủ tục tại Điều 69 Luật đất đai năm 2013. Trong thực tiễn quản lý hành chính nhà nước, có rất nhiều lĩnh vực luật quy định việc ban hành quyết định hành chính phải tuân theo một trình tự thủ tục nhất định, do vậy Luật sư cần nghiên cứu kỹ nội dung này để có thêm luận cứ bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng theo quy định của pháp luật.

b) Các tiêu chí đánh giá tính hợp pháp của hành vi hành chính:

Theo quy định tại khoản 3 Điều 3 Luật tố tụng hành chính năm 2015, hành vi hành chính là hành vi của cơ quan hành chính nhà nước hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan nhà nước hoặc cơ quan, tổ chức được giao quản lý hành chính nhà nước thực hiện hoặc không thực hiện nhiệm vụ, công vụ theo quy định của pháp luật. Từ định nghĩa trên, có thể chia hành vi hành chính làm 2 loại:

Hành vi hành chính thứ nhất, được thể hiện dưới dạng cơ quan hành chính nhà nước hoặc người trong cơ quan hành chính nhà nước *thực hiện nhiệm vụ* theo quy định của pháp luật (sau đây gọi tắt là hành vi hành động). Thông thường, loại hành vi này là hành vi của

người có thẩm quyền thực hiện các quyết định hành chính hoặc các công việc khác mà pháp luật quy định. Ví dụ, khi thực hiện quyết định hành chính của cơ quan có thẩm quyền về việc giao đất, cán bộ địa chính thực hiện việc cắm mốc để giao đất cho chủ thể nhận đất. Trong trường hợp này, hành vi cắm mốc giới để giao đất của cán bộ địa chính nêu trên là đối tượng khởi kiện của vụ án hành chính khi có yêu cầu khởi kiện theo quy định của pháp luật.

Hành vi hành chính thứ hai, được thể hiện dưới dạng cơ quan hành chính nhà nước, cơ quan, tổ chức khác hoặc của người có thẩm quyền trong cơ quan, tổ chức đó, *không thực hiện nhiệm vụ* mà họ phải thực hiện theo quy định của pháp luật (sau đây gọi tắt là hành vi không hành động). Ví dụ, cơ quan đăng ký kinh doanh không thực hiện việc đăng ký kinh doanh cho doanh nghiệp khi họ làm thủ tục đăng ký kinh doanh theo quy định của Luật doanh nghiệp hiện hành, hoặc cơ quan có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất không thực hiện việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho chủ thể được cấp theo quy định của pháp luật.

Thực tiễn xét xử những năm trước đây cho thấy các vụ án hành chính có đối tượng khởi kiện là hành vi hành chính do Tòa án xét xử không nhiều. Tuy nhiên, trong tương lai những loại việc khởi kiện về hành vi hành chính trước Tòa án chắc chắn sẽ phát sinh thêm. Bởi lẽ, theo tinh thần của Luật tố tụng hành chính năm 2015, một khi cá nhân, cơ quan tổ chức làm đơn yêu cầu người có thẩm quyền hoặc cơ quan có thẩm quyền cấp cho họ một loại giấy chứng nhận nào đó theo quy định của pháp luật, nhưng yêu cầu của họ bị từ chối, hoặc việc cấp giấy chứng nhận không đúng thời hạn mà pháp luật quy định, thì chủ thể xin cấp giấy chứng nhận đó có quyền khởi kiện ra Tòa án có thẩm quyền yêu cầu Tòa án xem xét và buộc người có thẩm quyền phải thực hiện hành vi cấp giấy chứng nhận cho họ theo quy định của pháp luật. Do đó, Luật sư cần nắm bắt để nghiên cứu và tư vấn cho khách hàng thực hiện quyền khởi kiện trước Tòa án khi họ có yêu cầu.

Do những năm qua, ngành Tòa án chưa xét xử nhiều vụ án hành chính có đối tượng khởi kiện là hành vi hành chính, nên chưa có đủ dữ liệu thực tiễn để tổng kết và xác định các tiêu chí đánh giá tính hợp pháp của những hành vi hành chính nói trên. Tuy nhiên, có thể đúc kết một số tiêu chí để các Luật sư nắm bắt, nghiên cứu, nhằm đáp ứng yêu cầu trong việc bảo vệ quyền và lợi ích của đương sự. Cụ thể:

- Các tiêu chí đánh giá tính hợp pháp đối với hành vi hành động:

Tiêu chí đầu tiên đánh giá tính hợp pháp đối với hành vi hành động là người bị kiện phải thực hiện đúng các quy định của pháp luật, hoặc thực hiện đúng nội dung của quyết định hành chính đã có hiệu lực pháp luật quy định về hành vi đó. Ví dụ, khi thực hiện việc cắm mốc giới địa chính để giao đất theo quyết định giao đất của cơ quan có thẩm quyền, thì người thực hiện hành vi giao đất phải xác định chính xác mốc giới và đông tây tứ cận phần đất được giao ghi trong quyết định giao đất của cơ quan có thẩm quyền. Hoặc khi khám nơi cất giấu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính, người có thẩm quyền phải tuân thủ khoản 1 Điều 129 Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012: "Khám nơi cất giấu tang vật chỉ được tiến hành khi có căn cứ cho rằng nơi đó có cất giấu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính".

Ngoài ra, Luật sư còn phải xem xét đến quy định về thời hạn thực hiện hành vi hành chính. Ví dụ, trong quyết định giao đất của cơ quan có thẩm quyền quy định việc giao đất cho chủ thể nhận đất phải thực hiện trong thời hạn 3 tháng kể từ ngày ký quyết định giao đất, thì người có trách nhiệm thực hiện quyết định giao đất đó phải thực hiện đúng thời hạn quy định trong quyết định giao đất nêu trên.

Trình tự thủ tục thực hiện hành vi hành động cũng là một nội dung phải xem xét khi đánh giá tính hợp pháp của hành vi bị khởi kiện. Ví dụ, khoản 4 Điều 127 Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định, trước khi tiến hành khám người, người khám phải thông báo quyết định cho người bị khám biết.

- Các tiêu chí đánh giá tính hợp pháp đối với hành vi không hành động:

Các tiêu chí đánh giá tính hợp pháp của hành vi hành động nêu trên cũng có thể làm căn cứ để Luật sư tham khảo, đưa ra lập luận bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng trong trường hợp khởi kiện đối với hành vi không hành động. Ví dụ, khi xem xét tính hợp pháp của hành vi "không cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh" bị khởi kiện cho chủ thể có yêu cầu, Luật sư cần nghiên cứu khoản 2 Điều 18 Luật doanh nghiệp năm 2014 về các tổ chức cá nhân không có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp.

Các tiêu chí về thời hạn và trình tự thủ tục khi xem xét tính hợp pháp của hành vi hành động nêu trên cũng có thể được áp dụng để làm luận cứ bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng trong trường hợp khởi kiện đối với hành vi không hành động theo quy định pháp luật.

c) Yêu cầu đặt ra khi tham gia hỏi tại phiên tòa:

Việc hỏi tại phiên tòa hành chính là một nội dung quan trọng đồng thời cũng là một công việc khó khăn nhất của Luật sư đối với vụ án hành chính. Bởi lẽ, thông qua việc tham gia hỏi tại phiên tòa, Luật sư sẽ làm rõ tính hợp pháp của đối tượng khởi kiện và sự chính xác của các chứng cứ có trong hồ sơ vụ án, trên cơ sở đó đưa ra những luận cứ giải quyết vụ án một cách toàn diện, khách quan và đầy đủ.

Xuất phát từ khác biệt về tính chất của vụ án hành chính đối với các loại án hình sự, dân sự và kinh doanh thương mại, Luật sư phải có kỹ năng hỏi thích hợp trong vụ án hành chính để làm rõ tính hợp pháp của quyết định hành chính hoặc hành vi hành chính bị khởi kiện. Cụ thể:

- Đặc điểm của đối tượng hỏi tại phiên tòa hành chính sơ thẩm:

Người tham gia hỏi và trả lời tại phiên tòa hành chính là các đương sự, theo đó, người bị kiện luôn là người có chức vụ trong cơ quan Nhà nước, đồng thời họ có trình độ nhất định về chuyên môn, pháp luật. Do vậy, Luật sư phải nghiên cứu kỹ hồ sơ vụ án, chuẩn bị tốt các vấn đề cần hỏi và có kỹ năng hỏi tốt, đặt những câu hỏi ngắn gọn, đúng trọng tâm để người trả lời dễ hiểu nội dung câu hỏi và trình bày ý kiến trước phiên tòa.

- Thứ tự và nguyên tắc hỏi tại phiên tòa:

Luật sư cần nghiên cứu Điều 177 Luật tố tụng hành chính năm 2015 về thứ tự và nguyên tắc hỏi tại phiên tòa để thực hiện công việc của mình. Tùy thuộc vào vai trò của khách hàng trong phiên tòa, Luật sư xác định thứ tự hỏi khi tham gia phiên tòa.

Thứ tự hỏi được thực hiện như sau: (a) Người khởi kiện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khởi kiện hỏi trước, tiếp đến người bị kiện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị kiện, sau đó là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan; (b) Người tham gia tố tụng khác; (c) Chủ tọa phiên tòa, Hội thẩm nhân dân; d) Kiểm sát viên tham gia phiên tòa.

Luật sư cũng cần lưu ý đặt câu hỏi phải rõ ràng, nghiêm túc, không trùng lặp, không lợi dụng việc hỏi và trả lời để xâm phạm danh dự, nhân phẩm của những người tham gia tố tụng.

Hỏi người khởi kiện: Luật sư cần nghiên cứu Điều 178 Luật tố tụng hành chính năm 2015 quy định về việc hỏi người khởi kiện. Trường hợp có nhiều người khởi kiện thì phải hỏi riêng từng người một; Luật sư chỉ hỏi người khởi kiện về vấn đề mà người khởi kiện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khởi kiện trình bày chưa rõ, có mâu thuẫn với nhau hoặc mâu thuẫn với lời khai của họ trước đó, mâu thuẫn với lời trình bày của người bị kiện, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan và người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của những người này. Người khởi kiện có thể tự mình trả lời hoặc để người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp trả lời thay và sau đó trả lời bổ sung.

Hỏi người bị kiện: Luật sư cần nghiên cứu Điều 179 Luật tố tụng hành chính năm 2015 quy định về hỏi người bị kiện. Trường hợp có nhiều người bị kiện thì phải hỏi riêng từng người một; Luật sư chỉ hỏi người bị kiện về vấn đề mà người bị kiện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị kiện trình bày chưa rõ, có mâu thuẫn với nhau hoặc mâu thuẫn với lời khai của họ trước đó, mâu thuẫn với lời

trình bày của người khởi kiện, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan và người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của những người này. Người bị kiện có thể tự mình trả lời hoặc để người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp trả lời thay và sau đó trả lời bổ sung.

Hỏi người có quyền và nghĩa vụ liên quan đến vụ án: Luật sư cần căn cứ Điều 180 Luật tố tụng hành chính năm 2015 quy định về hỏi người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan. Trường hợp có nhiều người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan thì phải hỏi riêng từng người một; Luật sư chỉ hỏi người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan về vấn đề mà người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ trình bày chưa rõ, có mâu thuẫn với nhau hoặc mâu thuẫn với lời khai của họ trước đó, mâu thuẫn với lời trình bày của người khởi kiện, người bị kiện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của những người này. Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có thể tự mình trả lời hoặc để người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ trả lời thay và sau đó trả lời bổ sung.

d) Xác định tính hợp pháp những vấn đề liên quan tại phiên tòa hành chính:

Xuất phát từ đối tượng cần chứng minh trong vụ án hành chính là tính hợp pháp của đối tượng bị khởi kiện (quyết định hành chính, hành vi hành chính bị khởi kiện). Luật sư phải dựa vào yêu cầu của khách hàng để đặt những câu hỏi làm rõ tính hợp pháp của đối tượng khởi kiện theo quy định của pháp luật. Không đặt những câu hỏi ngoài nội dung vụ án và ngoài phạm vi phải chứng minh.

Hỏi để làm rõ tính hợp pháp về thẩm quyền ban hành quyết định hành chính: Luật sư cần hỏi và làm rõ về thẩm quyền ban hành quyết định hành chính bị khởi kiện. Cùng với việc hỏi, Luật sư cần chuẩn bị các văn bản quy phạm pháp luật (có hiệu lực pháp luật tại thời điểm ban hành quyết định hành chính) quy định về thẩm quyền của người bị kiện trong ban hành quyết định hành chính bị khởi kiện, để trình Hội đồng xét xử khi cần thiết.

Hỏi để làm rõ tính hợp pháp về thời hiệu của quyết định hành chính bị khởi kiện: Với trình tự hỏi như trên, nếu phát hiện thấy quyết định hành chính bị khởi kiện có dấu hiệu vi phạm về thời hiệu, thì Luật sư hỏi người bị kiện về thời hiệu của quyết định hành chính mà họ ban hành để làm rõ nội dung này tại phiên tòa.

Hỏi để làm rõ tính hợp pháp về thời hạn ban hành quyết định hành chính: Nội dung hỏi này thường được thực hiện trong xét xử vụ án hành chính mà đối tượng khởi kiện của vụ án đó là quyết định xử lý vi phạm hành chính và một số loại việc khác mà pháp luật có quy định về thời hạn ban hành quyết định hành chính. Qua quá trình nghiên cứu đối tượng bị khởi kiện, nếu không thấy có dấu hiệu vi phạm nội dung này thì Luật sư không cần thiết phải đặt câu hỏi về thời hạn ban hành quyết định hành chính.

Hỏi để làm rõ tính hợp pháp về nội dung của đối tượng bị khởi kiện: Nội dung này được xác định là khó khăn nhất trong giai đoạn hỏi để đánh giá tính hợp pháp của quyết định hành chính bị khởi kiện. Do vậy, Luật sư cần dành nhiều thời gian để nghiên cứu và chuẩn bị tốt các câu hỏi làm rõ tiêu chí này. Cùng với việc hỏi, Luật sư cần chuẩn bị các văn bản quy phạm pháp luật (có hiệu lực tại thời điểm ban hành quyết định hành chính) quy định về mặt nội dung của đối tượng bị khởi kiện để trình Hội đồng xét xử khi cần thiết.

Hỏi để làm rõ tính hợp pháp của trình tự, thủ tục của đối tượng bị khởi kiện: Nếu phát hiện thấy có sự vi phạm về trình tự thủ tục của đối tượng bị khởi kiện, Luật sư cần áp dụng kỹ năng hỏi nêu trên để làm rõ tiêu chí này tại phiên tòa theo quy định của pháp luật.

Hỏi để làm rõ tính hợp pháp của hành vi hành chính bị khởi kiện: Luật sư có thể áp dụng tương tự kỹ năng hỏi đối với vụ án hành chính có đối tượng bị khởi kiện là quyết định hành chính, để hỏi và làm rõ tính hợp pháp của hành vi hành chính là đối tượng bị khởi kiện trong vụ án hành chính theo quy định pháp luật.

Hỏi về vấn đề bồi thường thiệt hại: Nếu người khởi kiện vụ án hành chính đồng thời yêu cầu đòi bồi thường đối với các thiệt hại do quyết

định hành chính, hành vi hành chính bị khởi kiện gây ra, Luật sư hỏi họ về các chứng cứ chứng minh thiệt hại đó theo quy định của Luật tố tụng hành chính năm 2015 và các quy định pháp luật khác có liên quan.

đ) Xác định phương pháp hỏi:

Phương pháp hỏi là một vấn đề rất quan trọng, đòi hỏi Luật sư phải có kỹ năng thành thục trong suốt trong quá trình hỏi. Trên thực tế, nhiều Luật sư nhờ có kỹ năng hỏi tốt, nên đã nhanh chóng chỉ ra được những vấn đề then chốt cần phải giải quyết và hướng giải quyết vụ án đó. Thực tiễn xét xử các vụ án hành chính cho thấy có hai phương pháp đặc trưng là:

- Phương pháp hỏi làm rõ ngay vấn đề then chốt của vụ án hành chính:

Ngay sau khi bước vào giai đoạn hỏi, Luật sư đặt câu hỏi cho các đương sự để làm rõ ngay vấn đề then chốt của vụ án, sau đó mới hỏi đến các nội dung liên quan khác. Ưu điểm của phương pháp này là Luật sư có thể chỉ ra được toàn bộ nội dung cơ bản của vụ án trong một thời gian rất ngắn. Thực tiễn cho thấy, Luật sư có thể áp dụng thành công phương pháp hỏi này đối với những vụ án hành chính đã thu thập được chứng cứ một cách đầy đủ và rõ ràng.

Ví dụ: Ngày 04-5-2009, ông Nguyễn Văn B bị người có thẩm quyền lập biên bản vi phạm hành chính, trong biên bản này đã ghi rõ: “Ngày 01-5-2009, ông Nguyễn Văn B đã có hành vi điều khiển xe máy không chấp hành chỉ dẫn của biển báo, vi phạm điểm a khoản 1 Điều 7 Nghị định 171/2013/NĐ-CP của Chính phủ”. Ông B đã ký vào biên bản vi phạm hành chính, thừa nhận hành vi vi phạm của mình. Do đó, ông chỉ khiếu nại về sự vi phạm thời hạn ban hành quyết định hành chính của người bị kiện. Trong trường hợp này, Luật sư có thể áp dụng phương pháp hỏi làm rõ ngay vấn đề then chốt của vụ án hành chính bằng cách đặt câu hỏi về ngày lập biên bản vi phạm hành chính và ngày ban hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính tại phiên tòa để làm rõ sự vi phạm về thời hạn ban hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính của người bị kiện.

- Phương pháp hỏi bắt đầu từ các tình tiết cụ thể đến các vấn đề then chốt của vụ án, kết hợp với đối chất giữa các đương sự với nhau để tìm ra sự thật khách quan của vụ án:

Trong xét xử, không phải vụ án hành chính nào cũng đơn giản và rõ ràng. Thực tế có nhiều vụ án hành chính có nội dung rất phức tạp, các đương sự không có điều kiện để cung cấp đầy đủ chứng cứ cho Tòa án và Luật sư cũng không có điều kiện thu thập các chứng cứ một cách đầy đủ. Do vậy, tại phiên tòa Luật sư phải mất rất nhiều công sức để thực hiện việc hỏi hoặc đề nghị Chủ tọa phiên tòa cho đối chất từng chi tiết mâu thuẫn trong các chứng cứ mới có thể tìm ra được sự thật khách quan của vụ án.

Khi gặp những trường hợp như trên, Luật sư nên áp dụng phương pháp hỏi bắt đầu từ các tình tiết cụ thể đến các vấn đề then chốt của vụ án để tìm ra sự thật khách quan của vụ án.

Khi áp dụng phương pháp này, Luật sư cần nghiên cứu hệ thống chứng cứ có trong hồ sơ vụ án và các chứng cứ mà Luật sư thu thập được để dự kiến những vấn đề cần hỏi hoặc đề nghị Chủ tọa phiên tòa tiến hành đối chất, làm rõ. Luật sư cần lưu ý, xuất phát từ đối tượng xem xét của vụ án hành chính là tính hợp pháp của quyết định hành chính hoặc hành vi hành chính bị khởi kiện, việc hỏi của Luật sư cần tập trung làm rõ các tài liệu chứng cứ chứng minh cho tính hợp pháp của đối tượng xem xét, không hỏi quá sâu vào nội dung không liên quan đến vụ án để tránh trường hợp bị Chủ tọa phiên tòa cắt ngang theo quy định của pháp luật.

e) Xác định nội dung tranh luận của Luật sư tại phiên tòa:

Có thể nói, giai đoạn tranh luận là sự thể hiện rõ nét nhất nội dung tranh tụng tại phiên tòa hành chính. Do vậy, Luật sư cần thực hiện việc tranh luận một cách khoa học, nêu bật những nội dung cần phải chứng minh liên quan đến yêu cầu khởi kiện của đương sự mà Luật sư bảo vệ. Luật sư cần nắm vững các điều 188, 189 Luật tố tụng hành chính năm 2015.

Trên thực tế có nhiều trường hợp, do bức xúc về quyền lợi của mình bị xâm phạm, nên các đương sự trình bày lời tranh luận rất dài dòng, gay gắt, lặp đi lặp lại nhiều lần về một vấn đề. Điều đó rất dễ gây sự mệt mỏi cho những người tiến hành và những người tham gia tố tụng. Trong trường hợp này để tránh gây thêm sự căng thẳng tại phiên tòa, Luật sư cần hết sức khéo léo, vận dụng các kỹ năng ứng xử, giao tiếp và các giải pháp tâm lý để định hướng cho khách hàng của mình bình tĩnh đưa ra chứng cứ và những lời trình bày nhẹ nhàng, thuyết phục, hướng việc tranh luận vào đúng trọng tâm của vụ án. Trên cơ sở đó, Luật sư sẽ dễ dàng làm rõ những vấn đề còn mâu thuẫn giữa các chứng cứ, cũng như làm rõ những nội dung then chốt của vụ án.

Chương 9
KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG VỤ ÁN HÀNH CHÍNH

I. ĐẶC ĐIỂM TRANH TỤNG CỦA LUẬT SƯ TRONG VỤ ÁN HÀNH CHÍNH

Trong vụ án hành chính, Luật sư tham gia tố tụng với tư cách là người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự. Do sự khác nhau về tính chất chủ thể của các đương sự, đối tượng xét xử, nên việc tham gia tố tụng của Luật sư trong vụ án hành chính cũng có những đặc điểm riêng khác về tư cách tham gia tố tụng. Quyền và nghĩa vụ Luật sư tham gia tố tụng trong vụ án hành chính với tư cách người đại diện theo pháp luật chỉ được thực hiện trong một số trường hợp cá biệt, yêu cầu khởi kiện độc lập, người bị kiện không phải là cơ quan, tổ chức. Cụ thể, Công văn số 18/UBTVQH14-TP ngày 31-8-2016 của Ủy ban thường vụ Quốc hội gửi Ủy ban nhân dân các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương hướng dẫn thực hiện Điều 60 Luật tố tụng hành chính như sau:

"Theo quy định tại các khoản 3, 5 và 7 Điều 60 Luật tố tụng hành chính (có hiệu lực thi hành từ ngày 01-7-2016) thì:

3. Người đại diện theo ủy quyền trong tố tụng hành chính phải là người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, được đương sự hoặc người đại diện theo pháp luật của đương sự ủy quyền bằng văn bản.

Trường hợp hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia tố tụng hành chính thì các thành viên có thể ủy

quyền cho một thành viên hoặc người khác làm đại diện tham gia tố tụng hành chính".

"Khi tham gia tố tụng hành chính, Ủy ban nhân dân thực hiện quyền, nghĩa vụ của đương sự quy định tại Điều 55 và Điều 56 Luật tố tụng hành chính năm 2015. Ủy ban nhân dân có quyền tự bảo vệ, nhờ Luật sư hoặc người khác bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp cho mình (khoản 13 Điều 55). Khi nhờ Luật sư, thì Luật sư là người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của Ủy ban nhân dân theo quy định tại Điều 61 Luật tố tụng hành chính, chứ không phải là người đại diện".

Theo hướng dẫn này, Luật sư là một trong các đối tượng "người khác làm đại diện" và chỉ có thể nhận đại diện theo ủy quyền cho các chủ thể tham gia tố tụng hành chính là *hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia tố tụng hành chính.*

Trường hợp người bị kiện là cơ quan, tổ chức hoặc người đứng đầu cơ quan, tổ chức, thì người bị kiện chỉ được ủy quyền cho cấp phó của mình đại diện (khoản 3 Điều 60 Luật tố tụng hành chính năm 2015). Người được ủy quyền trong tố tụng hành chính thực hiện các quyền, nghĩa vụ tố tụng hành chính của người ủy quyền. Người được ủy quyền không được ủy quyền lại cho người thứ ba.

Tranh tụng của Luật sư trong giải quyết vụ án hành chính là toàn bộ những hoạt động của người đại diện hoặc người bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của các đương sự với tư cách là một người tham gia tố tụng hành chính.

Tranh tụng của Luật sư không chỉ là việc Luật sư tham gia phần tranh luận trình bày luận cứ, đưa ra quan điểm giải quyết vụ án, đối đáp với các bên đối tụng nhằm bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho các đương sự tại phiên tòa xét xử vụ án hành chính mà phải là ngay từ đầu của quá trình tố tụng giải quyết vụ án hành chính.

Nói cách khác, tranh tụng của Luật sư là toàn bộ các hoạt động tham gia tố tụng vụ án hành chính tại Tòa án có thẩm quyền của Luật sư để giải quyết vụ án hành chính theo từng giai đoạn cụ thể.

II. KỸ NĂNG THAM GIA GIAI ĐOẠN SƠ THẨM VỤ ÁN HÀNH CHÍNH

1. Giai đoạn khởi kiện và thụ lý vụ án hành chính tại Tòa án có thẩm quyền

Tùy thuộc vào việc tham gia tố tụng với tư cách người bảo vệ quyền lợi hay đại diện cho người khởi kiện hay đại diện cho người bị kiện trong vụ án hành chính mà Luật sư có những kỹ năng khác nhau cho hoạt động tranh tụng của mình.

a) Trường hợp đại diện, bảo vệ quyền, lợi ích của người khởi kiện:

Theo quy định của pháp luật tố tụng hành chính, Luật sư có quyền tham gia tố tụng vụ án hành chính kể từ thời điểm khởi kiện vụ án hành chính. Trong giai đoạn này, bằng kiến thức pháp luật, trình độ, kinh nghiệm nghề nghiệp của mình, Luật sư có vai trò rất quan trọng đối với người khởi kiện. Để bảo đảm tính có căn cứ pháp lý của việc khởi kiện, Luật sư cần chú ý những vấn đề sau:

- Các điều kiện bắt buộc về khởi kiện vụ án hành chính:

Là người giúp đỡ pháp lý cho khách hàng, Luật sư trực tiếp tham gia tố tụng vụ án hành chính cần chú ý với bản thân và lưu ý thân chủ thực hiện đầy đủ quy định bắt buộc của pháp luật trong giai đoạn khởi kiện vụ án như thực hiện quyền khởi kiện vụ án hành chính (Điều 115 Luật tố tụng hành chính năm 2015[1]).

---

1. (1) Cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền khởi kiện vụ án hành chính đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc trong trường hợp không đồng ý với quyết định, hành vi hành chính đó hoặc đã khiếu nại với người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại, nhưng hết thời hạn giải quyết khiếu nại theo quy định của pháp luật về khiếu nại mà khiếu nại không được giải quyết hoặc đã được giải quyết, nhưng không đồng ý với việc giải quyết khiếu nại về quyết định, hành vi hành chính đó. (2) Tổ chức, cá nhân có quyền khởi kiện vụ án hành chính đối với quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh trong trường hợp không đồng ý với quyết định đó. (3) Cá nhân có quyền khởi kiện vụ án hành chính về danh sách cử tri bầu cử đại biểu Quốc hội, danh sách cử tri bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân trong trường hợp đã khiếu nại với cơ quan có thẩm quyền giải quyết khiếu nại, nhưng hết thời hạn giải quyết theo quy định của pháp luật mà khiếu nại không được giải quyết hoặc đã được giải quyết, nhưng không đồng ý với nội dung giải quyết khiếu nại.

Thời hiệu khởi kiện (khoản 2 Điều 116 Luật tố tụng hành chính năm 2015) là 01 năm, kể từ ngày đương sự nhận được hoặc biết được quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc; 30 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh; Từ ngày nhận được thông báo kết quả giải quyết khiếu nại của cơ quan lập danh sách cử tri hoặc kết thúc thời hạn giải quyết khiếu nại mà không nhận được thông báo kết quả giải quyết khiếu nại của cơ quan lập danh sách cử tri đến trước ngày bầu cử 05 ngày.

Trường hợp vì sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan khác làm cho người khởi kiện không khởi kiện được trong thời hạn quy định của pháp luật thì thời gian có sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan khác không tính vào thời hiệu khởi kiện.

- Thủ tục khởi kiện:

Người khởi kiện phải nộp tiền tạm ứng án phí sơ thẩm, trừ trường hợp được miễn nộp tiền tạm ứng án phí, không phải nộp tiền tạm ứng án phí. Người khởi kiện đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính phải làm đơn yêu cầu Tòa án có thẩm quyền giải quyết vụ án hành chính. Đơn khởi kiện phải có những nội dung chính theo quy định tại Điều 118 Luật tố tụng hành chính năm 2015 như: Ngày, tháng, năm làm đơn; Tòa án được yêu cầu giải quyết vụ án hành chính; Tên, địa chỉ của người khởi kiện, người bị kiện; Nội dung quyết định hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc, quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh, nội dung giải quyết khiếu nại về danh sách cử tri hoặc tóm tắt diễn biến của hành vi hành chính; Nội dung quyết định giải quyết khiếu nại (nếu có); Các yêu cầu đề nghị Tòa án giải quyết; Cam đoan về việc không đồng thời khiếu nại đến người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại.

Người khởi kiện là cá nhân phải ký tên hoặc điểm chỉ; người khởi kiện là cơ quan, tổ chức thì người đại diện theo pháp luật của cơ quan, tổ chức đó phải ký tên và đóng dấu vào phần cuối đơn; trường hợp

khởi kiện để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi thì đơn khởi kiện do người đại diện theo pháp luật của những người này ký tên hoặc điểm chỉ. Kèm theo đơn khởi kiện phải có các tài liệu chứng minh cho yêu cầu của người khởi kiện là có căn cứ và hợp pháp.

b) Trường hợp đại diện cho đương sự khác:

Khi tham gia tố tụng trong giai đoạn khởi kiện, thụ lý vụ án, với tư cách người đại diện cho đương sự khác, Luật sư cần chú ý một số quy định của pháp luật về tố tụng hành chính có liên quan như sau:

- Đối với người bị kiện:

+ Chuẩn bị các tài liệu, chứng cứ của người bị kiện (nếu đã nhận được thông báo của Tòa án): Luật sư cân nhắc tham gia tố tụng với tư cách người đại diện theo ủy quyền hay người bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho người bị kiện. Nếu nhận ủy quyền thì xác định phạm vi ủy quyền.

+ Nghiên cứu sơ bộ căn cứ pháp lý của quyết định hành chính, hành vi hành chính;

+ Xem xét các hồ sơ, tài liệu có liên quan trong giai đoạn giải quyết khiếu nại của cơ quan, người có thẩm quyền.

- Đối với người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan:

+ Xác định mức độ, phạm vi liên quan đến quyền lợi hay nghĩa vụ từ người khởi kiện hay người bị kiện.

+ Chuẩn bị các tài liệu, giấy tờ, các tình tiết, chứng cứ có liên quan đến quyền và nghĩa vụ của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

2. Giai đoạn chuẩn bị xét xử

Giai đoạn chuẩn bị xét xử là giai đoạn rất quan trọng, chiếm nhiều thời gian và công sức của Luật sư. Giai đoạn này được tính từ khi thụ lý vụ án cho đến khi Tòa án đưa vụ án ra xét xử. Trong giai đoạn này có thể chia thành hai nhóm việc chủ yếu, kế tiếp nhau sau đây:

a) Xác minh, thu thập chứng cứ:

- Mục đích của việc xác minh, thu thập chứng cứ:

Luật sư tham gia tố tụng vụ án hành chính dù ở vai trò người đại diện theo ủy quyền hay người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho đương sự cũng đều phải bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự thông qua việc thu thập chứng cứ, tài liệu để chứng minh yêu cầu khởi kiện hoặc phản bác yêu cầu khởi kiện.

Trong quá trình tham gia tố tụng, Luật sư có quyền trình bày các tình tiết, đưa ra chứng cứ và các tài liệu có liên quan, chuẩn bị các cơ sở, căn cứ để đưa ra luận cứ và các quan điểm bảo vệ. Do vậy, Luật sư cần thực hiện các kỹ năng để xác minh, thu thập chứng cứ, tổng hợp tài liệu, đánh giá chứng cứ, xác định, phân loại tài liệu chứng cứ, chuẩn bị ý kiến trình bày tại phiên xét xử, bản luận cứ bảo vệ.

- Những việc Luật sư thực hiện khi xác minh, thu thập chứng cứ

+ Xác định các chứng cứ, tài liệu liên quan cần thiết chứng minh yêu cầu của đương sự để thu thập, ghi chép lời trình bày của đương sự phía đối tụng;

+ Đề nghị các cơ quan, tổ chức, cá nhân liên quan cung cấp tài liệu, chứng cứ, xác định các tình tiết có ý nghĩa cho việc giải quyết vụ án;

+ Gặp người làm chứng và đề nghị họ trình bày về những vấn đề cần thiết, có liên quan đến quyền và lợi ích hợp pháp của thân chủ;

+ Tìm hiểu, xác minh tại chỗ khi cần thiết;

+ Đề nghị trưng cầu giám định hoặc trực tiếp đàm phán, ký kết hợp đồng giám định (thuê giám định) với các tổ chức giám định tư pháp có thẩm quyền để giám định vấn đề cần thiết có ý nghĩa cho việc giải quyết vụ án.

+ Với phạm vi công việc thu thập tài liệu, chứng cứ nêu trên, Luật sư đề nghị đương sự (khách hàng) cung cấp, bổ sung chứng cứ hoặc trình bày những vấn đề cần thiết liên quan đến yêu cầu khởi kiện hoặc bị kiện và/hoặc những tài liệu, chứng cứ mà Luật sư thu thập được.

- Thu thập chứng cứ đối với người khởi kiện:

Luật sư cần trao đổi, xác định những tài liệu, giấy tờ cần thiết chứng minh yêu cầu của người khởi kiện, đề nghị họ cung cấp như:

+ Quyết định hành chính hoặc trình bày hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc, các tài liệu khác có liên quan;

+ Những quy định, văn bản pháp luật liên quan là căn cứ của đối tượng bị kiện được xác định căn cứ vào đó để ban hành hay thực hiện là trái pháp luật;

+ Các tài liệu chứng tỏ người khởi kiện đã đáp ứng các điều kiện của giai đoạn tiền tố tụng; các chứng cứ chứng minh quyền, lợi ích hợp pháp của người khởi kiện;

+ Chứng cứ chứng minh thiệt hại về vật chất, giá trị tài sản do việc áp dụng quyết định hành chính, hành vi hành chính trái luật gây nên.

Các tài liệu, chứng cứ mà người khởi kiện xuất trình, cung cấp bổ sung phải khách quan, chính xác, có giá trị pháp lý. Do vậy, sau khi có những tài liệu chứng cứ này, Luật sư phải so sánh, đối chiếu, xác minh, kiểm chứng nhằm có cơ sở để đánh giá, phân loại.

- Thu thập chứng cứ đối với cơ quan nhà nước, tổ chức, cá nhân bị kiện:

Luật sư cần đề nghị các cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp bằng chứng có ý nghĩa cho việc giải quyết vụ án.

Việc thu thập các bằng chứng có ý nghĩa này có vai trò vô cùng quan trọng, không những có giá trị so sánh đối chiếu với các tài liệu, chứng cứ được thu thập từ người khởi kiện mà còn có giá trị trong việc đánh giá, xem xét các quyết định hành chính, hành vi hành chính bị kiện là đúng đắn hay trái pháp luật, có gây thiệt hại về vật chất, tài sản hay không. Mức độ thiệt hại và căn cứ để tính giá trị thiệt hại.

Vấn đề đặt ra cho hoạt động xác minh, thu thập chứng cứ là phải xác định được cơ quan, tổ chức, cá nhân bị kiện có vai trò như thế nào đối với các đương sự trong quan hệ hành chính. Cụ thể, Luật sư phải

xem xét từng tài liệu, tình tiết và chứng cứ do các cơ quan, tổ chức cung cấp để đánh giá nó có ý nghĩa gì đối với yêu cầu của người khởi kiện, người bị kiện và những người tham gia tố tụng khác có liên quan đến đối tượng khởi kiện.

Ngoài ra, Luật sư cần tham khảo, đề nghị cung cấp những ý kiến, kết luận của cơ quan nhà nước, tổ chức, các tài liệu, ý kiến tư vấn hoặc thẩm định, giám định (trừ giám định tư pháp), v.v., để làm rõ một tình tiết, hoặc một số tình tiết, vấn đề có giá trị làm cơ sở cho việc tranh tụng. Ví dụ, Luật sư yêu cầu một cơ quan có thẩm quyền thẩm định một văn bản có phải là quyết định hành chính thuộc danh mục văn bản, giấy tờ tài liệu của Nhà nước hay là loại văn bản tự lập của cá nhân; yêu cầu một cơ quan chuyên môn thẩm định về giá trị của một loại tài sản, v.v..

- Đối với người làm chứng:

Luật sư có thể trực tiếp gặp gỡ người làm chứng tại nơi họ làm việc, cư trú hoặc tại trụ sở của Tòa án để nghe hoặc ghi chép về lời trình bày của họ liên quan đến vụ án, đề nghị họ trình bày một cách trung thực, chính xác về tất cả những gì họ biết liên quan đến đối tượng khởi kiện, những vấn đề cần chứng minh của Luật sư trong vụ án. Luật sư có thể ghi biên bản làm việc và đề nghị người làm chứng xác nhận những nội dung đã trình bày với Luật sư.

Bản lời khai, lời trình bày của người làm chứng là bằng chứng quan trọng giúp Luật sư tranh tụng. Việc lấy lời khai người làm chứng một cách trung thực, khách quan là yêu cầu bắt buộc đặt ra đối với cả phía người làm chứng và Luật sư. Vì vậy, khi Luật sư lấy lời khai của người làm chứng cần có người thứ ba không liên quan đến sự việc chứng kiến. Sau đó họ tự viết lại bản trình bày, đề nghị gửi Tòa án về những tình tiết, nội dung Luật sư thu thập.

- Xác minh tại chỗ:

Xác minh tại chỗ là hoạt động quan trọng giúp Luật sư nắm chắc vấn đề, nội dung, bản chất sự việc. Trong quá trình xác minh, thu thập chứng cứ, nếu xét thấy cần thiết, Luật sư phải đến tận nơi xảy ra sự việc,

những địa danh, vị trí được mô tả, đề cập trong các văn bản là đối tượng khởi kiện, đề cập trong lời khai của người làm chứng để xem xét, đánh giá, so sánh, đối chiếu với những căn cứ ban hành quyết định, hành vi hành chính đã thực hiện hoặc đối chiếu với các tài liệu, chứng cứ do các bên cung cấp và chứng cứ Luật sư thu thập được.

Hoạt động xác minh tại chỗ cần được xem xét một cách kỹ lưỡng, tỉ mỉ và chính xác. Việc xác minh tại chỗ phải được ghi chép, mô tả đầy đủ hoặc được lập thành văn bản. Nội dung văn bản, ghi chép phải đảm bảo trung thực, khách quan, không thêm bớt, bình luận, giải thích theo cảm tính, chủ quan cá nhân. Các đối tượng xem xét, xác minh tại chỗ phải được bảo đảm nguyên hiện trạng, không làm xáo trộn, hư hỏng.

- Đề nghị trưng cầu giám định hoặc nhờ giám định:

Giám định là hoạt động nhằm đánh giá, kết luận một số vấn đề, sự vật hay hiện tượng có liên quan đến việc giải quyết vụ án. Kết luận giám định có giá trị là nguồn chứng cứ mang tính khoa học, chuyên môn cao dùng làm căn cứ cho việc giải quyết vụ án. Việc giám định phải bảo đảm các yêu cầu sau đây:

+ Giám định viên phải bảo đảm có nghiệp vụ chuyên môn về lĩnh vực giám định;

+ Hoạt động giám định phải tuân theo các quy định của pháp luật tố tụng;

+ Các cơ quan, người tiến hành tố tụng không được can thiệp vào công việc chuyên môn của giám định viên.

Người giám định có quyền tìm hiểu tài liệu của vụ án liên quan đến đối tượng giám định và thực hiện giám định phải khách quan, trung thực. Người yêu cầu trưng cầu giám định phải nộp tiền tạm ứng chi phí giám định và phải chịu chi phí đó nếu kết quả giám định không liên quan và không có ý nghĩa cho việc giải quyết vụ án. Nếu kết quả giám định liên quan và có ý nghĩa cho việc giải quyết vụ án thì người bị kết luận là có lỗi theo bản án có hiệu lực pháp luật phải chịu chi phí giám định.

b) Nghiên cứu hồ sơ vụ án hành chính:

Theo quy định của pháp luật tố tụng hiện hành về quyền của đương sự và quyền của người bảo vệ quyền lợi của đương sự, Luật sư có quyền đọc, nghiên cứu, sao chụp, ghi chép những điều cần thiết trong hồ sơ vụ án hành chính mà Tòa án thu thập được. Cùng với những tài liệu, chứng cứ Luật sư thu thập được để đối chiếu, so sánh, đánh giá phục vụ cho việc tranh tụng. Khi nghiên cứu hồ sơ, Luật sư cần chú ý những nội dung sau:

- Những lưu ý và yêu cầu khi nghiên cứu hồ sơ vụ án hành chính:

Việc nghiên cứu hồ sơ nói chung cần tiến hành kỹ lưỡng, tránh nghiên cứu hời hợt, qua loa, bỏ sót các tình tiết quan trọng có lợi cho thân chủ, những chi tiết có ý nghĩa cho việc giải quyết vụ án.

Khi nghiên cứu hồ sơ phải theo thứ tự nhất định hoặc theo sự sắp xếp của Tòa án. Không xáo trộn, để lẫn lộn tài liệu đã được phân loại, sắp xếp theo trình tự nhất định. Nghiêm cấm Luật sư thêm, bớt, tẩy xóa, sửa chữa tài liệu trong hồ sơ vụ án và tài liệu do đương sự hoặc các cơ quan, tổ chức cung cấp.

- Nội dung nghiên cứu hồ sơ:

Ngoài những kỹ năng thông thường trong nghiên cứu hồ sơ vụ án, đối với hoạt động nghiên cứu hồ sơ vụ án hành chính tính đặc thù, phức tạp của loại án này nên nội dung nghiên cứu cần có sự hệ thống và phân loại một cách khoa học ngay từ đầu.

Nhóm tài liệu chứng cứ phía người khởi kiện: Đây là nhóm tài liệu, chứng cứ cơ bản, quan trọng nên cần phải tập trung nghiên cứu ngay từ đầu. Khi nghiên cứu các tài liệu này Luật sư cần xác định:

Yêu cầu khởi kiện có phù hợp với quy định của pháp luật không; có thỏa mãn các điều kiện về năng lực chủ thể, về thời hiệu khởi kiện; về đối tượng khởi kiện, yêu cầu khởi kiện và cơ sở pháp lý của yêu cầu khởi kiện đó không.

Xác định Tòa án có thẩm quyền giải quyết, thông qua việc xác định nơi cư trú của người khởi kiện, người bị kiện và những người liên quan; xác định loại việc kiện nhằm phân định thẩm quyền giải quyết vụ án hành chính.

Nhóm tài liệu chứng cứ phía người bị kiện cung cấp: Việc nghiên cứu những tài liệu, chứng cứ này nhằm xác định căn cứ pháp lý của quyết định hành chính, hành vi hành chính bị kiện. Cần lưu ý kiểm tra căn cứ ban hành quyết định hành chính, căn cứ thực hiện hành vi hành chính, những quy định nội bộ có liên quan là cơ sở đánh giá giá trị pháp lý của đối tượng bị kiện. Ngoài ra, Luật sư còn cần nghiên cứu kỹ nội dung quyết định hành chính hoặc diễn biến hành vi hành chính bị kiện; xác định thẩm quyền của người ra quyết định hoặc thực hiện hành vi hành chính.

Sau khi xác định căn cứ pháp lý, quy định nêu trong quyết định hành chính, trong việc thực hiện hành vi hành chính, Luật sư cần tra cứu và nghiên cứu, đối chiếu lời giải trình, nhận thức của người ban hành quyết định với sự việc, hành vi được mô tả trong quyết định hành chính hoặc hành vi hành chính với quyết định, hành vi trên thực tế của người thực hiện hành vi hành chính.

Khi nghiên cứu các văn bản này, cần chú ý hiệu lực pháp lý của việc ban hành quyết định hành chính hoặc thực hiện hành vi hành chính. Khi nghiên cứu hồ sơ, tài liệu, chứng cứ cũng cần chú ý hiệu lực pháp lý về mặt thời gian, còn hiệu lực hay đã bị thay thế; văn bản đó có giá trị áp dụng ở thời điểm thực hiện hành vi hay ban hành quyết định hành chính hay không.

Tài liệu do cơ quan, tổ chức liên quan cung cấp: Những tài liệu loại này cần được nghiên cứu để làm cơ sở xem xét, sử dụng làm căn cứ bảo vệ hay phản bác yêu cầu khởi kiện; góp phần làm sáng tỏ những vấn đề cần xem xét, đánh giá một cách khách quan.

Tài liệu, chứng cứ do Tòa án thu thập, tập hợp trong hồ sơ vụ án: Tài liệu trong hồ sơ vụ án hành chính do Tòa án thu thập là tổng hợp

các tài liệu, chứng cứ của các bên đương sự và những người tham gia tố tụng khác cung cấp và tài liệu do Tòa án tự xác minh, thu thập. Nghiên cứu, xem xét các tài liệu này và thực hiện kỹ năng trao đổi với Tòa án, xem xét diễn biến sự việc thể hiện thông qua tài liệu, hồ sơ vụ án, Luật sư có thể xác định được hướng giải quyết và khả năng thành công, từ đó có được phương án tối ưu bảo vệ quyền lợi cho khách hàng.

- Phương pháp nghiên cứu hồ sơ vụ án hành chính:

Hồ sơ vụ án hành chính bao gồm các tài liệu, văn bản, chứng cứ do người khởi kiện và người bị kiện cung cấp. Bên cạnh đó, hồ sơ còn có một số tài liệu do Tòa án xác minh, thu thập; các tài liệu, văn bản và ý kiến của người có quyền lợi liên quan hoặc người tham gia tố tụng khác như người làm chứng, v.v.. Trước khi đọc hồ sơ, Luật sư phải nghiên cứu kỹ các tài liệu do thân chủ cung cấp, các tài liệu do bên đối tụng cung cấp cho Tòa án và cho Luật sư trong quá trình tham gia các hoạt động tố tụng trước khi mở phiên tòa xét xử. Do vậy, để việc đọc hồ sơ có hiệu quả và tốn ít thời gian, Luật sư cần tiến hành những bước sau:

Phân loại hồ sơ: Ngay từ đầu, khi thu thập tài liệu, chứng cứ do đương sự cung cấp, Luật sư cần sắp xếp, phân loại và đánh số theo thứ tự, đề mục và thời gian tương ứng, thông thường, hồ sơ được chia thành các đề mục sau: Tài liệu do người khởi kiện cung cấp; tài liệu về phía người bị kiện; tài liệu phía cơ quan, tổ chức liên quan; văn bản về lời trình bày của các cơ quan, tổ chức hữu quan, người làm chứng; các tài liệu khác về thủ tục tố tụng, v.v.. Trong quá trình đọc, Luật sư cần đối chiếu việc phân loại hồ sơ với hồ sơ của Tòa án, song song tiến hành việc đánh số thứ tự và lập danh mục các tài liệu tương ứng với danh mục tài liệu có trong hồ sơ của Tòa án để tiện cho việc tra cứu.

Trường hợp Luật sư tham gia từ khi chuẩn bị hồ sơ khởi kiện: Trong giai đoạn đầu, Luật sư được người khởi kiện nhờ nghiên cứu hồ sơ và soạn đơn khởi kiện nên cũng đã nắm được nội dung vụ việc và trình tự sắp xếp hồ sơ. Vì vậy việc đọc, tổng hợp các tài liệu, tình tiết nêu trong

đơn khởi kiện cũng như phân tích các tài liệu do người bị kiện cung cấp và các tài liệu khác đã được Luật sư thực hiện theo các giai đoạn tố tụng của Tòa án thực hiện trước đó. Do đó, việc tham gia từ khi khởi kiện sẽ giúp Luật sư có điều kiện tiếp cận và nghiên cứu hồ sơ nhanh hơn. Tuy vậy, Luật sư khi nghiên cứu tổng thể hồ sơ vẫn cần phân tích, đối chiếu lại những tình tiết sai khác, mâu thuẫn giữa đơn khởi kiện với tài liệu khác có trong hồ sơ vụ án. Đặc biệt, Luật sư cần lưu ý những yêu cầu thay đổi của đương sự để có sự bổ sung yêu cầu khởi kiện (nếu cần thiết) và có phương án xử lý kịp thời những vấn đề phát sinh qua nghiên cứu hồ sơ.

Trường hợp Luật sư tham gia khi vụ án chuẩn bị đưa ra xét xử: Giai đoạn này, Luật sư được mời tham gia từ thời điểm hồ sơ đã được thiết lập và thu thập tương đối đầy đủ bao gồm cả tài liệu do bên khởi kiện và tài liệu do bên bị kiện cung cấp, các tài liệu do Tòa án thu thập, xác minh. Việc tiếp cận hồ sơ giai đoạn này yêu cầu Luật sư phải bắt đầu đọc ngay đơn khởi kiện và các tài liệu kèm theo do đương sự cung cấp để đối chiếu với những tài liệu tương ứng có trong hồ sơ vụ án. Bên cạnh đó, Luật sư cần xác định các vấn đề liên quan tới đơn khởi kiện như các căn cứ pháp luật liên quan đến quyết định hành chính và hành vi hành chính để kiểm tra tính hợp pháp của các tài liệu này. Các tài liệu cần thể hiện tư cách của chủ thể khởi kiện, xác định năng lực hành vi của chủ thể có đầy đủ hay không, người nhận ủy quyền có đúng quy định hay không, thẩm quyền của Tòa án thụ lý giải quyết vụ kiện, thời hiệu khởi kiện có chính xác hay không, từ đó xác định định hướng bào chữa bảo vệ cho thân chủ.

Ngoài ra, Luật sư cần nghiên cứu quyết định hành chính được ban hành hoặc hành vi hành chính bị kiện được mô tả trong đơn khởi kiện, đọc kỹ và phân tích cụ thể, rõ hơn vấn đề mà người khởi kiện nêu ra. Tiếp theo, Luật sư tìm đọc các quyết định, công văn, tài liệu liên quan tới việc giải quyết khiếu nại lần đầu của các cơ quan, cá nhân có thẩm quyền để xác định rõ hơn các căn cứ ra các quyết định, thực hiện hành vi hành chính bị khiếu kiện.

Luật sư cần nghiên cứu các tài liệu thuộc tiến trình thụ lý, thông báo thụ lý, các giấy tờ về thủ tục ủy quyền và các tài liệu khác liên quan đến quá trình tiến hành tố tụng của Tòa án để kiểm tra tính hợp pháp về hình thức của các văn bản. Việc kiểm tra, nghiên cứu các tài liệu thuộc phần thủ tục tố tụng nhằm giúp Luật sư kiến nghị kịp thời bằng văn bản nếu có vấn đề phải bổ sung, hoàn thiện, tránh việc vụ án đưa ra xét xử phải hoãn hoặc hủy do sự vi phạm thủ tục tố tụng nghiêm trọng, hoặc tránh hoãn phiên tòa, kéo dài thời gian khi phiên tòa đã được mở.

Quy trình nghiên cứu hồ sơ: Việc nghiên cứu hồ sơ của Luật sư cần thực hiện theo quy trình và cách thức nhất định. Việc ghi chép, sắp xếp và phân loại tài liệu cũng cần được tiến hành một cách khoa học. Các bước dưới đây giúp Luật sư tiết kiệm thời gian mà quá trình đọc hồ sơ luôn được gắn với sự ghi chép chi tiết về những vấn đề liên quan trực tiếp việc giải quyết vụ án.

Bước 1: Nghiên cứu, xem xét tính hợp pháp về thủ tục tố tụng. Nếu thủ tục được tiến hành không đúng sẽ ảnh hưởng đến kết quả giải quyết vụ án, đồng thời qua đó, luật sư có quyền nghi ngờ về nội dung liên quan đến các thủ tục đó.

Bước 2: Luật sư cần đọc hồ sơ khởi kiện theo thứ tự đã được phân loại và đánh số, ghi chép những điểm cần thiết liên quan đến: (i) Căn cứ xác định yêu cầu khởi kiện; (ii) Căn cứ chứng minh đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của người khởi kiện; (iii) Căn cứ xác định tính hợp pháp của quyết định hành chính, hành vi hành chính bị kiện; (iv) Căn cứ đảm bảo quyền yêu cầu bồi thường và mức độ bồi thường (nếu có yêu cầu).

3. Nhận diện những vấn đề pháp lý, tổng hợp và chuẩn bị luận cứ bảo vệ cho giai đoạn xét xử

a) Trao đổi với khách hàng:

Để chuẩn bị tham gia phiên tòa xét xử, Luật sư cần lập kế hoạch tham gia phiên tòa bao gồm các hoạt động: Gặp gỡ, trao đổi xác định

lại quan điểm, yêu cầu của khách hàng; trao đổi về tính hợp lý, có căn cứ của các lý lẽ và các yêu cầu được đưa ra; thống nhất với khách hàng cách thức trả lời, nội dung mà khách hàng sẽ trình bày tại phiên tòa.

b) Tổng hợp, lập đề cương nội dung hỏi:

Luật sư nghiên cứu các tài liệu, chứng cứ, ghi chép tổng hợp các tình tiết, yếu tố pháp lý, tra cứu các văn bản pháp luật liên quan, đánh dấu những nội dung cần viện dẫn và chuẩn bị đề cương phần xét hỏi, đề cương bản luận cứ bảo vệ; chuẩn bị những kiến nghị cần thiết. Ví dụ: Văn bản đề nghị hoãn phiên tòa, kiến nghị triệu tập thêm người làm chứng, người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan, v.v..

Lập đề cương phần xét hỏi: Luật sư cần chú ý xây dựng dàn ý các câu hỏi nhằm làm rõ nội dung luận cứ bảo vệ, những tình tiết, vấn đề cần chứng minh nhằm bác bỏ hay khẳng định những yếu tố có lợi, bất lợi đối với yêu cầu khởi kiện của thân chủ. Phân nhóm các câu hỏi nhằm phản bác những căn cứ tại các văn bản, quyết định đang là đối tượng khởi kiện. Hỏi để khẳng định những vấn đề pháp lý chứng minh quan điểm của Luật sư nhằm bảo vệ quyền lợi cho thân chủ. Chuẩn bị những tình huống có khả năng thay đổi tại phiên tòa.

Lập đề cương Bản luận cứ bảo vệ cho đương sự: Bố cục Bản luận cứ cũng cần thiết phải có đủ ba phần cơ bản gồm: Phần mở đầu, phần nội dung và kết luận. Bản luận cứ cần thể hiện các nội dung chính, sắp xếp một cách lôgic các vấn đề cần chứng minh, lập luận bác bỏ và những vấn đề cần khẳng định (tính hợp pháp, tính có căn cứ hay không của các quyết định, hành vi hành chính bị kiện) từ đó dẫn dắt đến kết luận, đề nghị Hội đồng xét xử chấp nhận quan điểm bảo vệ của Luật sư và yêu cầu khởi kiện của đương sự.

c) Những vấn đề lưu ý cần kiến nghị:

Trong quá trình tham gia tố tụng giải quyết vụ án hành chính, nếu Luật sư phát hiện văn bản dưới luật liên quan đến việc giải quyết vụ án hành chính có dấu hiệu trái với Hiến pháp, luật, văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên, Tòa án chưa có quyết định

đưa vụ án ra xét xử thì Luật sư làm văn bản đề nghị Chánh án Tòa án đang giải quyết vụ án đó kiến nghị theo thẩm quyền hoặc đề nghị người có thẩm quyền thực hiện việc kiến nghị sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật trái Hiến pháp, luật, văn bản dưới luật của cơ quan nhà nước đã đề cập.

4. Giai đoạn xét xử tại phiên tòa

Đây là giai đoạn tập trung thể hiện kết quả của quá trình chuẩn bị các tài liệu, chứng cứ, nghiên cứu và phân tích để thiết lập quan điểm bảo vệ và hệ thống các câu hỏi phục vụ hoạt động tranh tụng của Luật sư trong quá trình giải quyết vụ án hành chính tại phiên tòa sơ thẩm.

Nếu Tòa án đã quyết định đưa vụ án ra xét xử mà Luật sư phát hiện văn bản quy phạm pháp luật liên quan đến việc giải quyết vụ án hành chính có dấu hiệu trái với Hiến pháp, luật, văn bản dưới luật của cơ quan nhà nước cấp trên thì Luật sư đề nghị Hội đồng xét xử đề nghị Chánh án Tòa án thực hiện việc kiến nghị hoặc đề nghị người có thẩm quyền thực hiện việc kiến nghị sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ văn bản. Nếu vụ án được đưa ra xét xử thì tại phiên tòa, Luật sư chuẩn bị văn bản chỉ rõ văn bản quy phạm pháp luật có dấu hiệu trái pháp luật và đề nghị Hội đồng xét xử có văn bản báo cáo Chánh án Tòa án để thực hiện quyền kiến nghị. Theo đó, Luật sư có thể đề nghị Hội đồng xét xử tạm ngừng phiên tòa để chờ ý kiến của Chánh án Tòa án hoặc tạm đình chỉ giải quyết vụ án đến khi có văn bản kiến nghị của Chánh án Tòa án có thẩm quyền.

III. KỸ NĂNG TRANH TỤNG CỦA LUẬT SƯ TẠI PHIÊN TÒA SƠ THẨM

1. Thủ tục rút gọn tại Tòa án cấp sơ thẩm

Theo quy định Luật tố tụng hành chính năm 2015, tại Tòa án cấp sơ thẩm, các điều kiện để một vụ án được giải quyết theo thủ tục rút gọn bao gồm: Vụ án có tình tiết đơn giản, tài liệu, chứng cứ đầy đủ, rõ ràng, bảo đảm đủ căn cứ giải quyết và Tòa án không phải thu thập thêm tài liệu, chứng cứ; các đương sự đều có địa chỉ nơi cư trú, trụ sở rõ ràng;

không có đương sự cư trú ở nước ngoài (trừ trường hợp đương sự ở nước ngoài có thỏa thuận với đương sự ở Việt Nam đề nghị Tòa án giải quyết theo thủ tục rút gọn), nhằm rút ngắn thời gian và thủ tục so với vụ án hành chính thông thường nhưng vẫn bảo đảm việc giải quyết vụ án đúng pháp luật.

Khi tham gia tố tụng vụ án theo thủ tục rút gọn, nếu thấy phát sinh các tình tiết mới mà các đương sự không thống nhất và cần phải xác minh, thu thập thêm tài liệu, chứng cứ hoặc cần phải tiến hành giám định, định giá tài sản, áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời; phát sinh người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan; phát sinh yêu cầu độc lập; phát sinh đương sự cư trú ở nước ngoài mà cần phải thực hiện ủy thác tư pháp, thì Luật sư đề nghị Tòa án quyết định chuyển vụ án sang giải quyết theo thủ tục thông thường và tiến hành một hoặc một số những biện pháp nêu trên để giải quyết vụ án đúng pháp luật, bảo đảm quyền lợi của các bên đương sự. Trong trường hợp này, thời hạn chuẩn bị xét xử vụ án được tính lại kể từ ngày ra quyết định chuyển vụ án sang giải quyết theo thủ tục thông thường.

2. Phiên tòa sơ thẩm vụ án hành chính

a) Phần thủ tục bắt đầu phiên tòa:

Trước khi bắt đầu phiên tòa, Luật sư cần nghiên cứu lại và nắm kỹ quy định của Luật tố tụng hành chính về thủ tục khai mạc phiên tòa.

Khi hội đồng xét xử tiến hành khai mạc phiên tòa và đọc quyết định đưa vụ án ra xét xử; Chủ tọa phiên tòa sẽ kiểm tra lại sự có mặt của những người tham gia phiên tòa theo giấy triệu tập, giấy báo của Tòa án và kiểm tra căn cước của đương sự; phổ biến quyền, nghĩa vụ của các đương sự và của những người tham gia tố tụng khác. Luật sư cần chú ý lắng nghe, theo dõi sự có mặt, vắng mặt của đương sự, người đại diện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự (Điều 157, 159, 160, 161 Luật tố tụng hành chính năm 2015), đương sự vắng mặt có lý do hay không có lý do, sự vắng mặt của họ có ảnh hưởng gì đến việc xem xét, đánh giá chứng cứ hay không và sự vắng mặt này là có lợi hay

bất lợi cho khách hàng. Từ đó, căn cứ Điều 158 đề nghị Tòa án xét xử trong trường hợp đương sự vắng mặt tại phiên tòa hoặc căn cứ Điều 162 để đề nghị Tòa án hoãn phiên tòa.

b) Tranh tụng tại phiên tòa:

Thực hiện nguyên tắc của Hiến pháp năm 2013, Luật tố tụng hành chính năm 2015 đã quy định riêng tại Mục 3 Chương XI về tranh tụng tại phiên tòa bao gồm: Việc trình bày chứng cứ, hỏi, đối đáp, trả lời và phát biểu quan điểm, lập luận về đánh giá chứng cứ, tình tiết của vụ án, quan hệ pháp luật tranh chấp và pháp luật áp dụng để giải quyết yêu cầu của đương sự trong vụ án (từ Điều 175 đến Điều 197 Luật tố tụng hành chính năm 2015). Việc tranh tụng tại phiên tòa được tiến hành theo sự điều khiển của Chủ tọa phiên tòa. Chủ tọa phiên tòa không được hạn chế thời gian tranh tụng, tạo điều kiện cho những người tham gia tranh tụng trình bày hết ý kiến, nhưng có quyền cắt những ý kiến không liên quan đến vụ án.

Từ quy định nguyên tắc chung về tranh tụng, Luật sư cần nắm chắc nội dung và phương thức tranh tụng tại phiên tòa và thực hiện theo trình tự quy định.

c) Trình bày của đương sự:

Theo quy định tại Điều 176 Luật tố tụng hành chính năm 2015, trường hợp đương sự không thống nhất với nhau về cách giải quyết vụ án thì Hội đồng xét xử tóm tắt nội dung yêu cầu của đương sự, thông báo kết luận tại phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và đối thoại, những vấn đề cần tranh tụng, yêu cầu đương sự trình bày về vấn đề chưa rõ, còn mâu thuẫn. Chủ tọa phiên tòa sẽ điều khiển theo trình tự: (a) Luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khởi kiện trình bày về vấn đề chưa rõ, còn mâu thuẫn và chứng cứ để chứng minh yêu cầu khởi kiện là có căn cứ và hợp pháp. Người khởi kiện có quyền bổ sung ý kiến. Trường hợp cơ quan, tổ chức khởi kiện vụ án thì đại diện cơ quan, tổ chức trình bày về vấn đề chưa rõ, còn mâu thuẫn và chứng cứ để chứng minh yêu cầu khởi kiện là có căn cứ

và hợp pháp; (b) Tương tự như người khởi kiện, Luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị kiện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

Tại phiên tòa, đương sự, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự chỉ có quyền bổ sung chứng cứ theo quy định tại khoản 2 Điều 133 Luật tố tụng hành chính năm 2015 chứng minh cho yêu cầu, đề nghị của mình.

d) Thứ tự và nguyên tắc hỏi tại phiên tòa:

- Trình tự hỏi:

Sau khi đương sự, Luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự trình bày theo quy định tại Điều 176 Luật tố tụng hành chính năm 2015, Chủ tọa phiên tòa điều hành theo thứ tự hỏi đối với từng người cụ thể: Người khởi kiện, Luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khởi kiện hỏi trước, tiếp đến người bị kiện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị kiện, sau đó là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan; Người tham gia tố tụng khác; Chủ tọa phiên tòa, Hội thẩm nhân dân; Kiểm sát viên tham gia phiên tòa.

- Nguyên tắc hỏi:

Việc đặt câu hỏi phải rõ ràng, nghiêm túc, không trùng lặp, không lợi dụng việc hỏi và trả lời để xâm phạm danh dự, nhân phẩm của những người tham gia tố tụng. Luật sư phải thực hiện đúng quy định của Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam tại phiên tòa, tôn trọng nội quy và văn hóa pháp đình.

- Phương pháp và cách thức hỏi:

Căn cứ vào bản kế hoạch hỏi đã chuẩn bị và đối chiếu với nội dung trình bày của đương sự tại Tòa án, Luật sư có thể sửa đổi hoặc bổ sung nội dung hỏi cho phù hợp. Để có thể đặt những câu hỏi ngắn gọn, đúng trọng tâm nhằm có được câu trả lời có hiệu quả cao, đáp ứng yêu cầu

cần chứng minh, Luật sư cần xác định rõ mục đích của câu hỏi đặt ra là thu nhận được thông tin từ câu trả lời chứng minh yêu cầu khởi kiện của khách hàng là đúng.

Luật sư phải đặt những câu hỏi sắc bén, ngắn gọn, tập trung vào những vấn đề quan trọng cần chứng minh nhưng chưa được làm rõ. Câu hỏi hướng đến nội dung câu trả lời có lợi nhất cho người được bảo vệ. Ngoài những câu hỏi trực tiếp, trong trường hợp đối tượng được hỏi chuẩn bị trước nội dung trả lời, Luật sư cần đặt câu hỏi từ xa, có tác dụng dẫn dắt, định hướng đến mục đích cuối cùng của việc hỏi.

- Những điểm lưu ý, cần tránh khi tham gia đặt câu hỏi:

+ Việc hỏi của Luật sư phải thực hiện đúng quy định tại các điều 178, 179, 180, 181, 185 Luật tố tụng hành chính năm 2015 về hỏi người khởi kiện, người bị kiện, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan, người làm chứng, người giám định. Cụ thể, trường hợp có nhiều người khởi kiện thì phải hỏi riêng từng người và chỉ hỏi về vấn đề trình bày chưa rõ, có mâu thuẫn với nhau hoặc mâu thuẫn với lời khai của họ trước đó, mâu thuẫn với lời trình bày của người bị kiện, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan và người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của những người này. Người khởi kiện có thể tự mình trả lời hoặc để người bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình trả lời thay và sau đó trả lời bổ sung.

+ Luật sư không đặt các câu hỏi có thể bị hiểu lầm, khó trả lời. Không thể hiện thái độ thiếu khiêm tốn, ngạo mạn, gây căng thẳng giữa các bên và những người tiến hành tố tụng, tham gia tố tụng khác.

+ Không dùng lời lẽ nặng nề, chỉ trích nhau mà trong bất cứ tình huống nào, Luật sư cũng nên khéo léo, nhẹ nhàng, dùng từ ngữ lịch sự để đặt câu hỏi. Ví dụ: “Cho phép tôi...”, “Tôi đề nghị...”, “Xin được hỏi, v.v.”.

+ Khi đặt câu hỏi có trích dẫn luật, văn bản quy phạm pháp luật, Luật sư lưu ý sử dụng các thuật ngữ luật học tương ứng, chính xác. Không sử dụng các thuật ngữ xã hội thông thường, “từ lóng”, khó hiểu thay thế các thuật ngữ pháp lý.

- Hỏi khi kết thúc việc hỏi tại phiên tòa:

Theo quy định tại Điều 186 Luật tố tụng hành chính năm 2015, trước khi kết thúc việc hỏi, nếu thấy cần thiết hỏi thêm thì Luật sư có thể đề nghị Chủ tọa phiên tòa cho tiếp tục việc hỏi.

đ) Công bố các tài liệu của vụ án:

Công bố các tài liệu của vụ án thuộc thẩm quyền của Hội đồng xét xử trong một số trường hợp quy định tại Điều 182 Luật tố tụng hành chính năm 2015 như: Người tham gia tố tụng không có mặt tại phiên tòa đã có lời khai trong giai đoạn chuẩn bị xét xử; lời khai của người tham gia tố tụng tại phiên tòa mâu thuẫn với lời khai trước đó; khi đương sự yêu cầu hoặc Luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự, người tham gia tố tụng khác, Kiểm sát viên yêu cầu.

Hội đồng xét xử sẽ không công bố tài liệu có trong hồ sơ vụ án trong trường hợp cần giữ bí mật nhà nước, giữ gìn thuần phong, mỹ tục của dân tộc, giữ bí mật nghề nghiệp, bí mật kinh doanh, bí mật cá nhân hoặc để bảo vệ người chưa thành niên theo yêu cầu của đương sự.

e) Nghe băng ghi âm, đĩa ghi âm, xem băng ghi hình, đĩa ghi hình, thiết bị khác lưu trữ âm thanh, hình ảnh, xem xét vật chứng:

Để bảo vệ quyền lợi của đương sự, đương sự hoặc Luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự khi thấy cần thiết có thể đề nghị Hội đồng xét xử cho nghe băng ghi âm, đĩa ghi âm, xem băng ghi hình, đĩa ghi hình, thiết bị khác lưu trữ âm thanh, hình ảnh tại phiên tòa theo quy định tại Điều 183 (trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 182 Luật tố tụng hành chính năm 2015).

Nếu vụ án có vật chứng, xét thấy cần thiết, Luật sư đề nghị xem xét vật chứng, ảnh hoặc biên bản xác nhận vật chứng tại phiên tòa. Nếu vật chứng không thể đưa đến phiên tòa, Luật sư có quyền đề nghị được cùng với các đương sự đến xem xét tại chỗ khi thấy cần thiết.

g) Tạm ngừng phiên tòa trong tố tụng hành chính:

Trong quá trình xét xử, Luật sư có thể đề nghị Hội đồng xét xử tạm ngừng phiên tòa khi: (a) tình trạng sức khỏe hoặc do sự kiện bất khả kháng, trở ngại khách quan khác mà người tham gia tố tụng không thể tiếp tục tham gia phiên tòa, trừ trường hợp người tham gia tố tụng có yêu cầu xét xử vắng mặt; (b) Trường hợp cần phải xác minh, thu thập bổ sung tài liệu, chứng cứ nếu không thì không thể giải quyết được vụ án và không thể thực hiện được ngay tại phiên tòa; hoặc Luật sư thấy cần thiết để các bên đương sự tự đối thoại; (c) Chờ kết quả giám định bổ sung, giám định lại quy định tại khoản 4 Điều 185 của Luật tố tụng hành chính năm 2015

h) Tranh luận tại phiên tòa:

Sau khi kết thúc việc hỏi, chuyển sang phần tranh luận tại phiên tòa. Theo quy định tại Điều 188 Luật tố tụng hành chính năm 2015, việc tranh luận được thực hiện theo trình tự ưu tiên: Luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khởi kiện trình bày trước; người khởi kiện bổ sung ý kiến, sau đó người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị kiện tranh luận, đối đáp; người bị kiện bổ sung ý kiến; người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trình bày ý kiến; người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan phát biểu bổ sung.

Luật sư, các đương sự đối đáp dưới sự điều khiển của Chủ tọa phiên tòa theo trình tự quy định tại Điều 189 Luật tố tụng hành chính năm 2015 về phát biểu khi tranh luận và đối đáp. Kết thúc việc tranh luận và đối đáp, Kiểm sát viên phát biểu ý kiến về việc tuân theo pháp luật tố tụng của Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Thư ký phiên tòa và của người tham gia tố tụng trong quá trình giải quyết vụ án, kể từ khi thụ lý cho đến trước thời điểm Hội đồng xét xử nghị án và phát biểu ý kiến về việc giải quyết vụ án theo quy định tại Điều 190 Luật tố tụng hành chính. Luật sư không đối đáp với ý kiến của Kiểm sát viên.

Khi Luật sư tranh luận, đối đáp phải chú ý kỹ năng nói, tốc độ, giọng nói, phong thái tại phiên tòa thể hiện Luật sư phản biện mang tính thuyết phục. Do đó, các Luật sư phải đặc biệt quan tâm nhiều hơn

kỹ năng trong phần tranh luận công khai tại phiên tòa, luận cứ bảo vệ nên được chuẩn bị dưới dạng "mở" để có thể thay đổi linh hoạt cho phù hợp với diễn biến của phiên tòa, không nên chuẩn bị bằng cách viết sẵn để đọc và trình bày trước Hội đồng xét xử.

Văn phong diễn đạt của Luật sư tại phiên tòa cũng là một vấn đề có ảnh hưởng đến uy tín tranh tụng của Luật sư. Văn phong pháp lý của Luật sư phải bảo đảm các yêu cầu chung bên cạnh các yêu cầu đặc thù của nghề Luật sư như không dùng câu từ trừu tượng, văn phong cảm thán, khoa trương, sử dụng ngôn từ "giật gân", v.v.. *Tóm lại,* trong tranh luận và đối đáp, văn phong của Luật sư cần trong sáng, ngắn gọn, phù hợp và rõ ràng.

i) Phần nghị án và tuyên án:

- Phần nghị án:

Sau khi kết thúc phần tranh luận, Hội đồng xét xử vào phòng nghị án để tuyên án. Theo quy định tại Điều 191 Luật tố tụng hành chính năm 2015, chỉ có các thành viên của Hội đồng xét xử mới có quyền nghị án. Kiểm sát viên, những người khác không có quyền vào phòng nghị án. Trong giai đoạn này, nếu Luật sư phát hiện có sự vi phạm thì cần có biện pháp kiến nghị hoặc thu thập bằng chứng để thực hiện quyền khiếu nại, giúp đương sự kháng cáo theo quy định.

- Phần tuyên án:

Luật sư cần chú ý lắng nghe và ghi nhớ những nội dung cần thiết trong bản án mà Thẩm phán tuyên. Đặc biệt, các quyết định trong phần quyết định của bản án như phần tuyên về tính hợp pháp hay không hợp pháp của quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc cán bộ, công chức làm căn cứ để hủy, sửa hay công nhận các quyết định, hành vi hành chính bị kiện; tuyên có thiệt hại về các giá trị vật chất, tinh thần, mức độ thiệt hại, v.v..

Đây cũng là những nội dung cần nghiên cứu kỹ trước khi Luật sư lưu ý với khách hàng quyết định kháng cáo hay không kháng cáo bản án đã tuyên của Tòa án.

- Trở lại việc hỏi và tranh luận:

Căn cứ Điều 192 Luật tố tụng hành chính năm 2015, qua việc tranh luận hoặc nghị án, nếu xét thấy có tình tiết của vụ án chưa được xem xét, việc xét hỏi chưa đầy đủ hoặc cần xem xét thêm chứng cứ, thì Hội đồng xét xử quyết định trở lại việc hỏi và tranh luận. Luật sư tham gia giai đoạn này cần chú ý việc quay lại hỏi để chuẩn bị việc tham gia hỏi hoặc tranh luận. Thủ tục, trình tự hỏi và tranh luận tuân theo thủ tục chung của Luật tố tụng hành chính, do đó Luật sư thực hiện kỹ năng hỏi, tranh luận như đã nêu tại phần trên.

IV. TRANH TỤNG TRONG GIAI ĐOẠN XÉT XỬ PHÚC THẨM VỤ ÁN HÀNH CHÍNH

1. Xác định việc kháng cáo phúc thẩm

Trong giai đoạn này, Luật sư là người tham gia tố tụng bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho thân chủ cần nắm rõ tính chất của việc xét xử phúc thẩm (Điều 203 Luật tố tụng hành chính năm 2015), người có quyền kháng cáo (Điều 204); hình thức, nội dung đơn kháng cáo và thời hạn kháng cáo nhằm giúp đương sự kháng cáo hoặc tự mình thực hiện quyền kháng cáo và bảo đảm việc gửi đơn kháng cáo là đúng thời hạn, bảo đảm nội dung kháng cáo được Tòa án cấp phúc thẩm chấp nhận xem xét theo quy định tại các Điều 205, 206, 207 Luật tố tụng hành chính năm 2015. Bên cạnh đó, nếu bản án bị kháng nghị, Luật sư cũng phải nắm rõ quy định về quyền kháng nghị, thời hạn kháng nghị của Viện kiểm sát; xem xét nội dung kháng nghị có gì bất lợi, có lợi đối với yêu cầu khởi kiện của thân chủ để quyết định nội dung luận cứ bảo vệ tại phiên tòa của Luật sư.

2. Tham gia phiên tòa phúc thẩm vụ án hành chính

a) Chuẩn bị việc tham gia phiên tòa:

Ngay sau khi gửi đơn kháng cáo, Luật sư cần theo dõi việc chuyển hồ sơ từ Tòa án cấp sơ thẩm lên Tòa án cấp phúc thẩm. Nếu Tòa án cấp phúc thẩm nhận được hồ sơ vụ án, Luật sư tiến hành thủ tục nghiên cứu hồ sơ tại giai đoạn này và chuẩn bị việc bảo vệ quyền lợi cho đương sự

theo yêu cầu kháng cáo; đề nghị Tòa án áp dụng những biện pháp cần thiết; chuẩn bị bản luận cứ bào chữa tại cấp phúc thẩm và những câu hỏi đối với những người tham gia tố tụng tại phiên tòa.

Luật sư tham gia phiên tòa phúc thẩm thực hiện các kỹ năng chuẩn bị tham gia phiên tòa, đặc biệt việc tìm kiếm, xác minh, thu thập bổ sung và cung cấp tài liệu, chứng cứ mới theo quy định tại Điều 219 Luật tố tụng hành chính năm 2015. Kiến nghị áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp khẩn cấp tạm thời (Điều 230 Luật tố tụng hành chính năm 2015) và/hoặc một số hoạt động cần thiết khác trong giai đoạn này nhằm bảo vệ tốt nhất quyền lợi hợp pháp của thân chủ.

b) Tranh tụng tại phiên tòa phúc thẩm:

Tranh tụng tại phiên tòa phúc thẩm hành chính được tiến hành các bước theo quy định tại các điều từ Điều 236 đến Điều 244 Luật tố tụng hành chính năm 2015: Nội dung và phương thức tranh tụng tại phiên tòa phúc thẩm được thực hiện như quy định tại Điều 175 Luật tố tụng hành chính năm 2015.

Tại giai đoạn xét xử phúc thẩm vụ án hành chính, người khởi kiện có quyền rút đơn khởi kiện trước khi mở phiên tòa hoặc tại phiên tòa phúc thẩm. Trường hợp rút tại phiên tòa thì Hội đồng xét xử phúc thẩm phải hỏi người bị kiện có đồng ý hay không và tùy từng trường hợp mà giải quyết, cụ thể: (a) Không chấp nhận việc rút đơn khởi kiện của người khởi kiện nếu người bị kiện không đồng ý; (b) Đương sự đồng ý thì chấp nhận việc rút đơn khởi kiện của người khởi kiện. Lúc này, Luật sư đề nghị Hội đồng xét xử phúc thẩm ra quyết định hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ giải quyết vụ án theo quy định tại Điều 234 Luật tố tụng hành chính.

Tùy thuộc tư cách là người đại diện hay là người bảo vệ quyền lợi cho đương sự, Luật sư thực hiện quyền và nghĩa vụ tại phiên tòa cho phù hợp. Ví dụ, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người kháng cáo trình bày về nội dung kháng cáo và các căn cứ của việc kháng cáo; người kháng cáo có quyền bổ sung ý kiến.

Trình tự tranh tụng tại phiên tòa phúc thẩm thực hiện theo quy định từ Điều 233 đến Điều 244 Luật tố tụng hành chính năm 2015. Tại giai đoạn này, việc trình bày luận cứ có sự khác biệt với giai đoạn sơ thẩm vì tính chất của phiên tòa phúc thẩm là xét xử lại bản án sơ thẩm trên cơ sở phạm vi kháng cáo, kháng nghị. Vì vậy, phần trình bày của đương sự, Luật sư và nội dung tranh luận lúc này chỉ về những vấn đề thuộc phạm vi xét xử phúc thẩm và đã được hỏi tại phiên tòa phúc thẩm. Phần trình bày và tranh luận của Luật sư tại phiên tòa phúc thẩm tập trung vào bảo vệ hoặc bác bỏ nội dung kháng cáo hoặc kháng nghị bất lợi cho thân chủ, chứng minh, phản bác những nhận xét, quyết định sơ thẩm mà đương sự không đồng ý.

PHẦN 3
KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG TỐ TỤNG DÂN SỰ

Chương 10
NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG

(Nguồn luật tham khảo: Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015, các nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn về thủ tục tố tụng dân sự, các văn bản pháp luật tương ứng khác, v.v.).

I. TÍNH CHẤT, ĐẶC ĐIỂM CỦA VỤ ÁN DÂN SỰ

Vụ án dân sự là vụ án phát sinh tại Tòa án trong trường hợp công dân, pháp nhân, tổ chức xã hội, Viện kiểm sát nhân dân yêu cầu Tòa án bảo vệ các quyền, lợi ích hợp pháp của mình, của tập thể, của Nhà nước hay của người khác đang bị tranh chấp hoặc xâm phạm trong lĩnh vực dân sự, hôn nhân và gia đình, thương mại, lao động; thông qua đơn khởi kiện của công dân, tập thể, tổ chức yêu cầu Tòa án giải quyết.

Căn cứ làm phát sinh vụ án dân sự chính là sự tranh chấp hoặc bị xâm phạm về quyền lợi giữa các đương sự, không thể giải quyết bằng con đường hòa giải, thương lượng. Một bên tranh chấp hoặc bên có quyền lợi bị xâm phạm buộc phải khởi kiện ra Tòa án để bảo vệ quyền lợi hợp pháp của mình.

Tính chất và đặc điểm chung của vụ án dân sự là: Các đương sự đều bình đẳng, có quyền quyết định và tự định đoạt về quyền lợi của mình, kể cả quyền khởi kiện mà không ai có thể ép buộc hoặc ngăn cản. Khi đưa ra yêu cầu khởi kiện (hoặc yêu cầu phản tố) đương sự phải có nghĩa vụ chứng minh cho yêu cầu đó của mình. Việc chứng minh được thực hiện bằng các tài liệu, chứng cứ tự thu thập hoặc yêu cầu Tòa án hỗ trợ thu thập trong trường hợp gặp khó khăn không thể

thu thập được các tài liệu, chứng cứ đó. Quá trình giải quyết vụ án dân sự là quá trình Tòa án kiểm tra, đánh giá chứng cứ của các bên, xác định quan hệ tranh chấp và áp dụng pháp luật liên quan để giải quyết. Trong trường hợp chưa có quy định pháp luật điều chỉnh quan hệ tranh chấp đó, Tòa án có quyền áp dụng tập quán hoặc áp dụng tương tự pháp luật để giải quyết. Trước khi ra phán quyết về vụ án, Tòa án phải tạo điều kiện cho các bên thực hiện quyền được hòa giải, thương lượng để giữ gìn sự đoàn kết.

II. PHÂN BIỆT VỤ ÁN DÂN SỰ VÀ VIỆC DÂN SỰ

Việc phân biệt vụ án dân sự và việc dân sự có ý nghĩa quan trọng, ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi của đương sự. Việc yêu cầu Tòa án giải quyết việc dân sự hay khởi kiện vụ án dân sự sẽ dẫn đến những hậu quả pháp lý hoàn toàn khác nhau.

Giữa vụ án dân sự và việc dân sự có một số điểm khác biệt như sau: Vụ án dân sự phát sinh khi có tranh chấp xảy ra giữa các đương sự, còn việc dân sự thì không có tranh chấp.

Về tính chất, việc dân sự là việc riêng của cá nhân, tổ chức, không có nguyên đơn, bị đơn như vụ án dân sự mà chỉ có người yêu cầu Tòa án giải quyết công nhận hoặc không công nhận một sự kiện pháp lý nào đó là căn cứ phát sinh quyền và nghĩa vụ dân sự. Trong việc dân sự, thành phần đương sự gồm có người yêu cầu và (có thể có) người có quyền và nghĩa vụ liên quan, giữa họ không có sự đối kháng về quyền lợi.

Khi thụ lý đơn yêu cầu, Tòa án tiến hành xác minh, đánh giá chứng cứ và mở một phiên họp xem xét để ra quyết định mà không cần mở phiên tòa xét xử và quyết định bằng một bản án như thủ tục giải quyết vụ án dân sự.

Một số việc dân sự thường gặp: Yêu cầu công nhận thuận tình ly hôn, thỏa thuận nuôi con, chia tài sản khi ly hôn; Yêu cầu tuyên bố một người là đã chết hoặc đã mất tích; Yêu cầu hủy kết hôn trái pháp luật; Yêu cầu công nhận bản án nước ngoài tại Việt Nam; Yêu cầu tuyên bố một người mất năng lực hành vi dân sự, v.v..

III. CÁC NGUYÊN TẮC CƠ BẢN CỦA TỐ TỤNG DÂN SỰ CÓ LIÊN QUAN ĐẾN HOẠT ĐỘNG CỦA LUẬT SƯ

Trình tự, thủ tục giải quyết một vụ án dân sự được quy định trong Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015, gồm những nguyên tắc cơ bản điều chỉnh những vấn đề chung nhất làm tư tưởng chỉ đạo cho việc áp dụng pháp luật để giải quyết. Chương II Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 quy định 25 nguyên tắc cơ bản, trong đó có những nguyên tắc liên quan đến hoạt động tranh tụng của Luật sư, bao gồm: Tuân thủ pháp luật trong tố tụng dân sự (Điều 3); Quyền yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp (Điều 4); Quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự (Điều 5); Cung cấp chứng cứ và chứng minh trong tố tụng dân sự (Điều 6); Trách nhiệm cung cấp tài liệu, chứng cứ của cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền (Điều 7); Bình đẳng về quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự (Điều 8); Bảo đảm quyền bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự (Điều 9), v.v.

Trong số các nguyên tắc cơ bản có liên quan đến hoạt động tranh tụng của Luật sư, cần chú ý một số nguyên tắc sau:

1. Nguyên tắc quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự (Điều 5 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015)

Đây là một trong những nguyên tắc cốt lõi, đặc trưng nhất của tố tụng dân sự. Nội dung chủ yếu của nguyên tắc này là:

Tòa án không tự đưa ra quyết định giải quyết các tranh chấp dân sự, việc khởi kiện hay không khởi kiện là do các bên đương sự tự quyết định. Các bên đương sự vừa là người quyết định việc khởi động tiến trình tố tụng bằng cách khởi kiện vụ án dân sự ra Tòa án, đồng thời cũng là người quyết định các hành vi tố tụng tiếp theo. Cụ thể: Nguyên đơn có thể rút đơn khởi kiện hoặc thay đổi, bổ sung yêu cầu khởi kiện của mình; Bị đơn có thể đưa ra yêu cầu phản tố đối với nguyên đơn, bác bỏ yêu cầu của nguyên đơn, chấp nhận một phần hoặc toàn bộ yêu cầu của nguyên đơn, thừa nhận hoặc không phản đối những tình tiết, sự kiện mà bên nguyên đơn đưa ra; Các bên đương sự có quyền thỏa thuận với nhau về việc giải quyết vụ việc dân sự một cách tự nguyện,

không trái pháp luật, trái đạo đức xã hội; tự mình quyết định việc kháng cáo hay không kháng cáo phúc thẩm, v.v..

Tòa án sẽ chỉ thụ lý giải quyết vụ việc dân sự khi có đơn khởi kiện, đơn yêu cầu của đương sự. Việc giải quyết vụ việc dân sự chỉ được thực hiện trong phạm vi yêu cầu khởi kiện, bị đơn đã được nêu trong đơn khởi kiện (riêng đối với trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu tuyệt đối do vi phạm điều cấm của pháp luật hoặc trái đạo đức xã hội thì Tòa án có quyền tuyên bố giao dịch vô hiệu và giải quyết hậu quả pháp lý của giao dịch dân sự vô hiệu mà không phụ thuộc vào yêu cầu của các bên đương sự).

Thủ tục xét xử phúc thẩm vụ án dân sự được bắt đầu khi và chỉ khi có đơn kháng cáo của đương sự, cơ quan, tổ chức khởi kiện (hoặc kháng nghị của Viện kiểm sát) đối với bản án, quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật. Nếu người kháng cáo rút toàn bộ kháng cáo (hoặc Viện kiểm sát rút toàn bộ kháng nghị) thì Tòa án cấp phúc thẩm phải ra quyết định đình chỉ xét xử phúc thẩm vụ việc. Tòa án cấp phúc thẩm bị giới hạn bởi nội dung kháng cáo, kháng nghị và chỉ có quyền xem xét lại phần bản án, quyết định sơ thẩm có kháng cáo, kháng nghị hoặc có liên quan đến việc xem xét nội dung kháng cáo, kháng nghị (Điều 293).

2 Nguyên tắc bảo đảm quyền bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự (Điều 9 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015)

Theo nguyên tắc này, đương sự có quyền tự bảo vệ hoặc nhờ Luật sư hay người khác có đủ điều kiện theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Tòa án có trách nhiệm bảo đảm cho đương sự thực hiện quyền này. Trong trường hợp đương sự không có khả năng và điều kiện nhờ Luật sư thì Nhà nước có trách nhiệm bảo đảm trợ giúp pháp lý để họ thực hiện quyền bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp trước Tòa án. Luật cũng xác định rõ, không ai được hạn chế quyền bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự trong tố tụng dân sự.

Việc đương sự nhờ Luật sư được phát sinh từ sự thỏa thuận giữa hai bên bằng một hợp đồng dịch vụ pháp lý, trong đó xác định rõ các quyền và nghĩa vụ của các bên. Nội dung cơ bản của hợp đồng phải phù hợp với quy định của Bộ luật dân sự, Luật luật sư, các văn bản pháp luật hiện hành có liên quan và Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam.

Nội dung chủ yếu của nguyên tắc này là:

Các cá nhân, cơ quan, tổ chức do Bộ luật tố tụng dân sự quy định có quyền bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình hoặc của người khác thông qua con đường Tòa án. Trong trường hợp quyền, lợi ích hợp pháp của mình hoặc của người khác bị xâm phạm hoặc trong trường hợp ảnh hưởng đến lợi ích Nhà nước, lợi ích công cộng thuộc lĩnh vực mình phụ trách, các cá nhân, cơ quan, tổ chức do Bộ luật dân sự quy định có quyền khởi kiện vụ án dân sự, yêu cầu giải quyết việc dân sự tại bất kỳ Tòa án nào có thẩm quyền để yêu cầu Tòa án bảo vệ. Các quy định về thẩm quyền của Tòa án (thẩm quyền theo lãnh thổ, thẩm quyền theo vụ việc) phải bảo đảm để các bên có thể tiếp cận đến Tòa án giải quyết vụ việc một cách hợp lý và bình đẳng.

Tòa án có thẩm quyền phải có trách nhiệm thụ lý vụ việc dân sự để giải quyết theo quy định của pháp luật. Tòa án đã thụ lý có nghĩa vụ hướng dẫn cho các bên hoặc chuyển đơn khởi kiện, đơn yêu cầu đến Tòa án có thẩm quyền và báo cho người khởi kiện, người yêu cầu, nếu vụ việc dân sự thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án khác. Trong trường hợp Tòa án trả lại đơn khởi kiện, đơn yêu cầu hoặc trong trường hợp Tòa án đã thụ lý ra quyết định chuyển hồ sơ vụ việc dân sự cho Tòa án có thẩm quyền thì cá nhân, cơ quan, tổ chức có đơn khởi kiện, đơn yêu cầu có quyền khiếu nại về việc đó.

3. Nguyên tắc cung cấp chứng cứ và chứng minh trong tố tụng dân sự (Điều 6 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015)

Theo nguyên tắc này, đương sự có quyền và nghĩa vụ chủ động thu thập, giao nộp chứng cứ cho Tòa án và chứng minh cho yêu cầu

của mình là có căn cứ và hợp pháp. Cơ quan, tổ chức, cá nhân khởi kiện, yêu cầu để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khác có quyền và nghĩa vụ thu thập, cung cấp chứng cứ chứng minh như đương sự. Tòa án có trách nhiệm hỗ trợ đương sự trong việc thu thập chứng cứ và chỉ tiến hành thu thập, xác minh chứng cứ trong những trường hợp do Bộ luật tố tụng dân sự quy định.

Nội dung chủ yếu của nguyên tắc này là:

Mỗi bên đương sự có nghĩa vụ phải chứng minh những tình tiết đã viện dẫn làm cơ sở cho những yêu cầu hay phản đối của mình. Nghĩa vụ này cũng được áp dụng trong trường hợp cá nhân, cơ quan, tổ chức khởi kiện để bảo vệ lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng hoặc quyền, lợi ích hợp pháp của người khác. Nhưng cần lưu ý là, nguyên tắc chung về nghĩa vụ chứng minh của các bên đương sự cũng có những ngoại lệ. Những ngoại lệ này có thể được quy định ngay trong Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 (ví dụ như quy định tại Điều 92 về những tình tiết, sự kiện không phải chứng minh) hoặc có thể do pháp luật nội dung quy định. Theo nguyên tắc chung, người không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ dân sự phải chịu trách nhiệm dân sự khi có lỗi (Điều 351 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015). Điều đó cũng có nghĩa, nếu áp dụng một cách máy móc quy định tại Điều 6 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 thì người có quyền phải chứng minh lỗi của người vi phạm nghĩa vụ. Tuy nhiên, xuất phát từ nguyên tắc suy đoán lỗi của người vi phạm nghĩa vụ, người có quyền sẽ không phải chứng minh lỗi của người vi phạm nghĩa vụ, mà ngược lại, việc chứng minh không có lỗi thuộc trách nhiệm của người vi phạm nghĩa vụ (khoản 3 Điều 351 Bộ luật dân sự năm 2015).

Đương sự có nghĩa vụ chứng minh nên khi không đưa ra được chứng cứ hoặc không đưa ra đủ chứng cứ thì phải chịu hậu quả của việc không chứng minh được hoặc chứng minh không đầy đủ (khoản 4 Điều 91 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015). Hậu quả của việc này có thể là yêu cầu hoặc phản đối yêu cầu mà đương sự đưa ra trước đó sẽ không được Tòa án chấp nhận hoặc chỉ được Tòa án chấp nhận một phần, v.v..

Vai trò của Tòa án trong việc xác minh, thu thập chứng cứ ở Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 được đổi mới theo hướng Tòa án chỉ áp dụng một hoặc một số biện pháp thu thập chứng cứ trong những trường hợp luật định và việc tiến hành các biện pháp thu thập chứng cứ của Tòa án phải tuân theo trình tự, thủ tục chặt chẽ do Bộ luật tố tụng dân sự quy định (từ Điều 97 đến Điều 106). Trường hợp xét thấy chứng cứ có trong hồ sơ vụ việc chưa đủ cơ sở để giải quyết thì Thẩm phán không được tự mình xác minh, thu thập mà phải yêu cầu đương sự giao nộp bổ sung chứng cứ (khoản 1 Điều 96).

4. Nguyên tắc bình đẳng về quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự (Điều 8 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015)

Theo nguyên tắc này, mọi công dân đều bình đẳng trước pháp luật, trước Tòa án không phân biệt dân tộc, nam nữ, thành phần xã hội, tín ngưỡng, tôn giáo, trình độ văn hoá, nghề nghiệp. Mọi cơ quan, tổ chức đều bình đẳng không phụ thuộc vào hình thức tổ chức, hình thức sở hữu và những vấn đề khác. Các đương sự đều bình đẳng về quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự, Tòa án có trách nhiệm tạo điều kiện để họ thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình.

Nội dung chủ yếu của nguyên tắc này là:

Việc giải quyết vụ việc dân sự được tiến hành bởi một hệ thống Tòa án thống nhất. Trong hoàn cảnh thông thường, không được thành lập Tòa án đặc biệt dựa trên sự phân biệt về dân tộc, giới tính, thành phần xã hội, địa vị, chỗ ở, hình thức tổ chức, hình thức sở hữu và những dấu hiệu khác để giải quyết vụ việc dân sự đối với một số công dân hay cơ quan, tổ chức nào đó. Tuy nhiên cần lưu ý, trong tình hình đặc biệt, Quốc hội có thể quyết định thành lập Tòa án đặc biệt.

Pháp luật được áp dụng thống nhất và như nhau đối với các chủ thể của quan hệ pháp luật tố tụng dân sự. Tuy nhiên, điều đó không loại trừ khả năng pháp luật có những quy định đặc quyền riêng đối với một số chủ thể đặc biệt, ví dụ như quy định về miễn giảm án phí hay quy định về quyền được từ chối khai báo trong những trường hợp nhất định, v.v..

Các đương sự có vị trí tố tụng như nhau có quyền, nghĩa vụ tố tụng như nhau. Trường hợp các đương sự có vị trí tố tụng khác nhau (chẳng hạn như vị trí nguyên đơn và vị trí bị đơn), các đương sự vẫn có cơ hội và khả năng bình đẳng như nhau trong việc thực hiện các quyền tố tụng để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình trước Tòa án, như quyền đưa ra yêu cầu, quyền phản đối yêu cầu, quyền kháng cáo, khiếu nại, xuất trình chứng cứ, tranh luận, quyền tự bảo vệ hoặc nhờ người khác bảo vệ, v.v.. Đồng thời, các đương sự cũng bình đẳng với nhau trong việc thực hiện các nghĩa vụ tố tụng, như nghĩa vụ cung cấp chứng cứ, nghĩa vụ tôn trọng Tòa án, chấp hành các quyết định của Tòa án trong thời gian giải quyết vụ án, v.v..

Tòa án giải quyết vụ việc dân sự phải khách quan, vô tư, không thiên vị và phải độc lập, không chịu sự ảnh hưởng từ bên ngoài; Tòa án có trách nhiệm giải thích cho các bên đương sự về quyền và nghĩa vụ của họ, báo trước về hậu quả pháp lý do thực hiện hoặc không thực hiện hành vi tố tụng, giúp đỡ các bên đương sự trong việc thực hiện quyền của mình, tạo mọi điều kiện để việc nghiên cứu chứng cứ được khách quan, toàn diện và đầy đủ, áp dụng đúng đắn những quy định của pháp luật khi giải quyết vụ việc dân sự.

5. Nguyên tắc hòa giải trong tố tụng dân sự (Điều 10 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015)

Hòa giải là sự thoả thuận giữa các bên đương sự về việc giải quyết toàn bộ nội dung yêu cầu khởi kiện và tự nguyện chấm dứt tranh chấp bằng con đường tố tụng. Trong Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015, hòa giải vừa được quy định với ý nghĩa là quyền tự định đoạt của đương sự, đồng thời cũng được khẳng định là một trong những nguyên tắc cơ bản của tố tụng dân sự. Điều 10 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 quy định: "Tòa án có trách nhiệm tiến hành hòa giải và tạo điều kiện thuận lợi để các đương sự thoả thuận với nhau về việc giải quyết vụ việc dân sự theo quy định của Bộ luật này".

Nội dung chủ yếu của nguyên tắc này là:

Hòa giải là một thủ tục tố tụng được thực hiện đối với mọi vụ án

dân sự (đối với việc dân sự không có yếu tố tranh chấp thì không áp dụng thủ tục hòa giải) và được tiến hành ở tất cả các giai đoạn sơ thẩm, phúc thẩm, từ khi thụ lý vụ án cho đến khi Hội đồng xét xử phúc thẩm bắt đầu xét xử vụ án bằng việc nghe lời trình bày của các đương sự tại phiên tòa phúc thẩm, trừ trường hợp vụ án dân sự thuộc trường hợp Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 quy định không tiến hành hòa giải được. Ví dụ, Bị đơn đã được Tòa án triệu tập hợp lệ đến lần thứ hai mà vẫn cố tình vắng mặt; đương sự không thể tham gia hòa giải vì có lý do chính đáng; đương sự là vợ hoặc chồng trong vụ án ly hôn là người mất năng lực hành vi dân sự và những trường hợp vụ án dân sự không được hòa giải (yêu cầu đòi bồi thường gây thiệt hại đến tài sản của Nhà nước; những vụ án dân sự phát sinh từ giao dịch trái pháp luật hoặc trái đạo đức xã hội).

- Hòa giải trong tố tụng dân sự Việt Nam là hòa giải trước Tòa án, hay còn gọi là hòa giải trong quá trình tố tụng và được thực hiện với sự hiện diện của Thẩm phán hoặc Hội đồng xét xử. Tuy Tòa án không phải là chủ thể của quyền hòa giải và cũng không đại diện cho lợi ích của bất cứ bên đương sự nào, nhưng với tư cách là cơ quan xét xử có trách nhiệm tiến hành hòa giải, Tòa án có vị trí, vai trò đặc biệt quan trọng trong quá trình này. Tòa án có trách nhiệm tạo điều kiện để các đương sự hòa giải với nhau, giúp cho các bên đương sự hiểu rõ pháp luật điều chỉnh quan hệ xã hội đang tranh chấp, giải thích cho họ về hậu quả pháp lý trong trường hợp hòa giải thành và hòa giải không thành. Bên cạnh đó, Tòa án có nhiệm vụ giám sát việc thực hiện quyền tự định đoạt trong việc hòa giải của các bên đương sự nhằm bảo đảm tiến trình hòa giải diễn ra theo đúng quy định của pháp luật và có quyền không công nhận kết quả hòa giải, nếu sự thỏa thuận giữa các đương sự là trái pháp luật, trái đạo đức xã hội hoặc xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của người khác.

IV. CÁC QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CỦA LUẬT SƯ TRONG TỐ TỤNG DÂN SỰ

- Tham gia tố tụng từ khi khởi kiện hoặc bất cứ giai đoạn nào trong quá trình tố tụng dân sự;

- Thu thập và cung cấp tài liệu, chứng cứ cho Tòa án; nghiên cứu hồ sơ vụ án và được ghi chép, sao chụp những tài liệu cần thiết có trong hồ sơ vụ án để thực hiện việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự, trừ tài liệu, chứng cứ không được công khai quy định tại khoản 2 Điều 109 của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015;

- Tham gia việc hòa giải, phiên họp, phiên tòa hoặc trường hợp không tham gia thì được gửi văn bản bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự cho Tòa án xem xét;

- Thay mặt đương sự yêu cầu thay đổi người tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng khác theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự hiện hành;

- Giúp đương sự về mặt pháp lý liên quan đến việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ; trường hợp được đương sự ủy quyền thì thay mặt đương sự nhận giấy tờ, văn bản tố tụng mà Tòa án cấp, tống đạt hoặc thông báo và có trách nhiệm chuyển cho đương sự;

- Các quyền, nghĩa vụ quy định tại các khoản 1, 6, 16, 17, 18, 19 và 20 Điều 70 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015;

- Quyền, nghĩa vụ khác mà pháp luật có quy định.

Chương 11
KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG VỤ ÁN DÂN SỰ

I. NHẬN THỨC VỀ KỸ NĂNG CỦA LUẬT SƯ TRONG VỤ ÁN DÂN SỰ

Khi nói về kiến thức của Luật sư, người ta thường nhắc đến ba yếu tố cơ bản, là: Sự hiểu biết về pháp luật và các lĩnh vực có liên quan; Kỹ năng áp dụng sự hiểu biết đó để xử lý các tình huống cụ thể; Thái độ hành nghề của Luật sư. Ba yếu tố này có quan hệ mật thiết, tác động lẫn nhau, trong đó kỹ năng hành nghề có vị trí rất quan trọng.

Kỹ năng hành nghề Luật sư là khả năng vận dụng sự hiểu biết pháp luật để giải quyết những vấn đề đặt ra trong hồ sơ vụ án và những tình huống phát sinh trong quá trình hành nghề, đặc biệt là trong phiên tòa xét xử công khai qua các giai đoạn xét xử như xét hỏi, tranh luận để xác định sự thật khách quan của vụ án, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự. Đặc điểm của vụ án dân sự là đương sự có nghĩa vụ chứng minh cho yêu cầu của mình. Vì vậy, sự giúp đỡ về mặt pháp lý của Luật sư trong việc thực hiện nghĩa vụ này có ý nghĩa rất quan trọng.

II. TIẾP XÚC KHÁCH HÀNG, ĐĂNG KÝ THỦ TỤC BẢO VỆ QUYỀN LỢI

Ý nghĩa của việc tiếp xúc với khách hàng: Đây là cơ sở phát sinh quan hệ dịch vụ giữa Luật sư với khách hàng, bước đầu để Luật sư thể hiện uy tín và trách nhiệm của mình với khách hàng.

Nội dung tiếp xúc với khách hàng gồm: Xác định yêu cầu của khách hàng; Kiểm tra tài liệu, chứng cứ do khách hàng xuất trình; Xem xét về thời hiệu khởi kiện; Hỏi những vấn đề có liên quan đến việc chứng minh yêu cầu của khách hàng; Phân tích những khó khăn, thuận lợi trong vụ việc; Giải thích các quyền và nghĩa vụ của Luật sư và khách hàng; Vấn đề thù lao; Quyết định tiếp nhận hay không tiếp nhận yêu cầu của khách hàng.

Luật sư cần chú ý thái độ khi tiếp xúc với khách hàng cần nhẹ nhàng, có văn hóa, tránh gây hiểu lầm không đáng có, v.v..

Đăng ký thủ tục bảo vệ quyền lợi: Sau khi ký kết hợp đồng dịch vụ với khách hàng, Luật sư làm thủ tục đăng ký bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho khách hàng theo quy định tại khoản 4 Điều 75 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 và khoản 2 Điều 27 Luật luật sư. Theo quy định, Luật sư xuất trình Thẻ Luật sư và giấy yêu cầu Luật sư của khách hàng, cơ quan tiến hành tố tụng cấp giấy chứng nhận về việc Luật sư tham gia tố tụng.

III. XÁC ĐỊNH QUAN HỆ PHÁP LUẬT TRANH CHẤP

Xác định quan hệ pháp luật tranh chấp là một kỹ năng cơ bản của Luật sư khi tham gia tố tụng trong vụ án dân sự. Bởi lẽ chỉ khi xác định đúng quan hệ pháp luật tranh chấp mới có thể áp dụng đúng pháp luật nội dung để lựa chọn giải quyết. Căn cứ để xác định quan hệ pháp luật tranh chấp là yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn. Ví dụ, yêu cầu chia thừa kế, đòi bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng hay theo hợp đồng, đòi tài sản thuộc quyền sở hữu, v.v.. Tuy nhiên, việc xác định quan hệ pháp luật tranh chấp trong trường hợp yêu cầu khởi kiện liên quan đến hai ngành luật khác nhau có thể sẽ phức tạp hơn, ví dụ như trong trường hợp giải quyết giữa tranh chấp dân sự về tài sản thừa kế với khởi kiện quyết định hành chính về quản lý tài sản có liên quan đến người thứ ba, v.v..

Trong thực tế, khi thụ lý vụ án dân sự, có thể Tòa án xác định chưa đúng quan hệ pháp luật tranh chấp, thì Luật sư cần có ý kiến

phân tích, kiến nghị với Tòa án để xác định, vì điều này ảnh hưởng đến việc bảo vệ quyền và lợi ích của khách hàng mà Luật sư có trách nhiệm bảo vệ.

IV. SOẠN THẢO ĐƠN KIỆN, ĐƠN YÊU CẦU ÁP DỤNG BIỆN PHÁP KHẨN CẤP TẠM THỜI, ĐƠN PHẢN TỐ

1. Đơn khởi kiện

Đơn khởi kiện phải có các nội dung chính sau đây:

- Ngày, tháng, năm làm đơn khởi kiện;
- Tên Tòa án nhận đơn khởi kiện;
- Tên, nơi cư trú, làm việc của người khởi kiện là cá nhân hoặc trụ sở của người khởi kiện là cơ quan, tổ chức; số điện thoại, fax và địa chỉ thư điện tử (nếu có). Trường hợp các bên thỏa thuận địa chỉ để Tòa án liên hệ thì ghi rõ địa chỉ đó;
- Tên, nơi cư trú, làm việc của người có quyền và lợi ích được bảo vệ là cá nhân hoặc trụ sở của người có quyền và lợi ích được bảo vệ là cơ quan, tổ chức; số điện thoại, fax và địa chỉ thư điện tử (nếu có);
- Tên, nơi cư trú, làm việc của người bị kiện là cá nhân hoặc trụ sở của người bị kiện là cơ quan, tổ chức; số điện thoại, fax và địa chỉ thư điện tử (nếu có). Trường hợp không rõ nơi cư trú, làm việc hoặc trụ sở của người bị kiện thì ghi rõ địa chỉ nơi cư trú, làm việc hoặc nơi có trụ sở cuối cùng của người bị kiện;
- Tên, nơi cư trú, làm việc của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan là cá nhân hoặc trụ sở của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan là cơ quan, tổ chức; số điện thoại, fax và địa chỉ thư điện tử (nếu có). Trường hợp không rõ nơi cư trú, làm việc hoặc trụ sở của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan thì ghi rõ địa chỉ nơi cư trú, làm việc hoặc nơi có trụ sở cuối cùng của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan;
- Quyền, lợi ích hợp pháp của người khởi kiện bị xâm phạm; những vấn đề cụ thể yêu cầu Tòa án giải quyết đối với người bị kiện, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan;

- Họ, tên, địa chỉ của người làm chứng (nếu có);

- Danh mục tài liệu, chứng cứ kèm theo đơn khởi kiện.

Kèm theo đơn khởi kiện phải có tài liệu, chứng cứ chứng minh quyền, lợi ích hợp pháp của người khởi kiện bị xâm phạm. Trường hợp vì lý do khách quan mà người khởi kiện không thể nộp đầy đủ tài liệu, chứng cứ kèm theo đơn khởi kiện thì phải nộp tài liệu, chứng cứ hiện có để chứng minh quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm. Người khởi kiện bổ sung hoặc giao nộp bổ sung tài liệu, chứng cứ khác theo yêu cầu của Tòa án trong quá trình giải quyết vụ án.

2. Đơn yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời

Đơn yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời phải có các nội dung chính sau đây:

- Ngày, tháng, năm làm đơn;

- Tên, địa chỉ; số điện thoại, fax, địa chỉ thư điện tử (nếu có) của người yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời;

- Tên, địa chỉ; số điện thoại, fax, địa chỉ thư điện tử (nếu có) của người bị yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời;

- Tóm tắt nội dung tranh chấp hoặc hành vi xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của mình;

- Lý do cần phải áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời;

- Biện pháp khẩn cấp tạm thời cần được áp dụng và các yêu cầu cụ thể.

Tùy theo yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời mà người yêu cầu phải cung cấp cho Tòa án chứng cứ để chứng minh cho sự cần thiết phải áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời đó. Các biện pháp có thể áp dụng gồm: Giao người chưa thành niên cho cá nhân hoặc tổ chức trông nom, nuôi dưỡng, chăm sóc, giáo dục; Buộc thực hiện trước một phần nghĩa vụ cấp dưỡng; Buộc thực hiện trước một phần nghĩa vụ bồi thường thiệt hại do tính mạng, sức khỏe bị xâm phạm; Buộc người sử dụng lao động tạm ứng tiền lương, tiền công, tiền bồi thường, trợ cấp tai nạn lao động hoặc bệnh nghề nghiệp cho người lao động; Tạm đình

chỉ việc thi hành quyết định sa thải người lao động; Kê biên tài sản đang tranh chấp; Cấm chuyển dịch quyền về tài sản đối với tài sản đang tranh chấp; Cấm thay đổi hiện trạng tài sản đang tranh chấp; Cho thu hoạch, cho bán hoa màu hoặc sản phẩm, hàng hoá khác; Phong tỏa tài khoản tại ngân hàng, tổ chức tín dụng khác, kho bạc nhà nước; Phong tỏa tài sản ở nơi gửi giữ; Phong tỏa tài sản của người có nghĩa vụ; Cấm hoặc buộc đương sự thực hiện hành vi nhất định; Các biện pháp khẩn cấp tạm thời khác mà pháp luật có quy định.

3. Đơn yêu cầu phản tố

Bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố đối với yêu cầu của nguyên đơn, của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập theo Điều 200 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015. Yêu cầu phản tố của bị đơn đối với nguyên đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập được chấp nhận khi thuộc một trong các trường hợp sau đây: (a) Yêu cầu phản tố để bù trừ nghĩa vụ với yêu cầu của nguyên đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập; (b) Yêu cầu phản tố được chấp nhận dẫn đến loại trừ việc chấp nhận một phần hoặc toàn bộ yêu cầu của nguyên đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập; (c) Giữa yêu cầu phản tố và yêu cầu của nguyên đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập có sự liên quan với nhau và nếu được giải quyết trong cùng một vụ án thì làm cho việc giải quyết vụ án được chính xác và nhanh hơn. Cần chú ý, yêu cầu phản tố phải được đưa ra trước thời điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải.

Nội dung đơn yêu cầu phản tố gồm:

- Họ tên tuổi, nơi cư trú của bị đơn;

- Nội dung yêu cầu của nguyên đơn hoặc của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập;

- Nội dung yêu cầu phản tố của bị đơn, v.v..

Kèm theo đơn là các tài liệu, chứng cứ chứng minh cho yêu cầu phản tố.

V. THU THẬP, KIỂM TRA, SỬ DỤNG, ĐÁNH GIÁ CHỨNG CỨ TRONG VỤ ÁN DÂN SỰ

1. Thu thập chứng cứ

Thu thập chứng cứ là hoạt động của Luật sư nhằm tìm kiếm, phát hiện và thu giữ các tài liệu có giá trị chứng minh cho yêu cầu của đương sự. Chứng cứ có nhiều nguồn, nhiều loại, nên trước khi thu thập, Luật sư cần căn cứ vào yêu cầu cần chứng minh của đương sự mà xác định các nguồn chứng cứ, loại chứng cứ cần thu thập. Trước hết, cần kiểm tra xem đương sự mà mình bảo vệ có những tài liệu, chứng cứ gì, còn thiếu những gì; Những tài liệu, chứng cứ còn thiếu có thể nằm ở đâu; Những ai có khả năng lưu giữ; Phương pháp thu thập cần áp dụng là gì; Thủ tục thu thập ra sao để bảo đảm tính hợp pháp của chứng cứ. Trong trường hợp đã xác định nguồn chứng cứ mà việc thu thập gặp khó khăn thì cần có văn bản trình bày và đề nghị Tòa án hỗ trợ thu thập chứng cứ. Kèm theo văn bản yêu cầu là những tài liệu chứng minh những khó khăn khiến cho việc tự thu thập chứng cứ không thể thực hiện được.

2. Kiểm tra, sử dụng, đánh giá chứng cứ

Đây là kỹ năng của Luật sư trong việc dựa vào ba thuộc tính khách quan, liên quan và hợp pháp để xác định giá trị chứng minh của các tài liệu chứng cứ đã thu thập được. Trong các tài liệu có giá trị chứng minh đó, Luật sư cần phân biệt, xếp loại các chứng cứ theo loại từ chứng cứ trực tiếp đến chứng cứ gián tiếp, chứng cứ gốc đến chứng cứ sao chép, thuật lại. Các chứng cứ đã được kiểm tra sẽ được hệ thống hóa theo trình tự lôgic để sử dụng trong hoạt động chứng minh cho yêu cầu của đương sự. Kiểm tra, sử dụng, đánh giá chứng cứ là hoạt động thao tác tư duy nên Luật sư cần phải có kỹ năng, kinh nghiệm kiểm tra mới có thể đạt được hiệu quả.

VI. GẶP GỠ, TRAO ĐỔI VỚI KHÁCH HÀNG

Gặp gỡ, trao đổi với khách hàng là kỹ năng cần thiết và thường xuyên của Luật sư trong quá trình tham gia tố tụng bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự. Hình thức trao đổi có thể là bằng miệng

hoặc bằng văn bản. Nội dung trao đổi bao gồm: Các vấn đề đặt ra trong quá trình nghiên cứu hồ sơ vụ án; những khó khăn, thuận lợi trong việc chứng minh yêu cầu của đương sự; những tài liệu, chứng cứ mới do phía đương sự đối phương đưa ra; Những công việc cần làm như tiếp tục thu thập chứng cứ, xác định hướng giải quyết các khó khăn đó; Tư vấn cho đương sự những vấn đề pháp lý có liên quan đến việc giữ nguyên hoặc bổ sung, thay đổi yêu cầu khởi kiện (nếu là nguyên đơn), yêu cầu phản tố (nếu là bị đơn hoặc người có quyền, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập); Yêu cầu Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời để bảo đảm quyền lợi của đương sự trong các trường hợp có liên quan đến tài sản và quyền tài sản theo yêu cầu khởi kiện hoặc phản tố, v.v..

VII. THAM GIA CÁC PHIÊN HỌP CUNG CẤP, KIỂM TRA, ĐÁNH GIÁ CHỨNG CỨ, HÒA GIẢI

Tòa án có trách nhiệm thực hiện kiểm tra việc giao nộp chứng cứ của các đương sự, công bố các tài liệu, chứng cứ đã thu thập được trong một phiên họp. Trên cơ sở đó, Tòa án tiến hành thủ tục hỏi các đương sự về các vấn đề: Yêu cầu, phạm vi khởi kiện, việc sửa đổi, bổ sung, thay đổi, rút yêu cầu khởi kiện, yêu cầu phản tố, yêu cầu độc lập; Những vấn đề đã thống nhất, những vấn đề chưa thống nhất yêu cầu Tòa án giải quyết; Tài liệu, chứng cứ đã giao nộp cho Tòa án và việc gửi tài liệu, chứng cứ cho đương sự khác; Bổ sung tài liệu, chứng cứ; Yêu cầu Tòa án thu thập tài liệu, chứng cứ; Yêu cầu Tòa án triệu tập đương sự khác, người làm chứng và người tham gia tố tụng khác tại phiên tòa hoặc những vấn đề khác mà đương sự thấy cần thiết.

Trong phiên họp này, sự có mặt và vai trò của Luật sư rất quan trọng. Luật sư có mặt bên cạnh đương sự sẽ tạo điều kiện để Luật sư có thể đưa ra ý kiến tư vấn kịp thời cho các tình huống phát sinh trong diễn biến của phiên họp để khách hàng có các quyết định phù hợp, đúng đắn bảo vệ quyền lợi hợp pháp của mình.

Đặc biệt, trong phiên họp có thủ tục hòa giải, Luật sư của nguyên đơn giúp đương sự trình bày nội dung sự việc tranh chấp, bổ sung

yêu cầu khởi kiện; những căn cứ để bảo vệ yêu cầu khởi kiện và đề xuất những quan điểm về những vấn đề cần hòa giải, hướng giải quyết vụ án, v.v.. Luật sư của bị đơn trình bày ý kiến của mình đối với yêu cầu của nguyên đơn, yêu cầu phản tố (nếu có), những căn cứ để phản đối yêu cầu của nguyên đơn, những căn cứ để bảo vệ yêu cầu phản tố của mình và đề xuất quan điểm về những vấn đề cần hòa giải, hướng giải quyết vụ án (nếu có).

Sau đó Thẩm phán xác định những vấn đề các đương sự đã thống nhất, chưa thống nhất và yêu cầu các đương sự trình bày bổ sung về những nội dung chưa rõ, chưa thống nhất và đưa ra kết luận về kết quả phiên họp.

VIII. NGHIÊN CỨU HỒ SƠ VỤ ÁN, HỆ THỐNG HÓA CHỨNG CỨ, XÂY DỰNG PHƯƠNG ÁN BẢO VỆ QUYỀN LỢI CỦA ĐƯƠNG SỰ

1. Nghiên cứu hồ sơ vụ án

Hồ sơ vụ án là toàn bộ tài liệu, chứng cứ do các bên đương sự giao nộp cho Tòa án, các bản ghi lời khai, các bản đối chất giữa các đương sự được Tòa án lập trong quá trình giải quyết vụ án; tài liệu của phiên họp cung cấp, kiểm tra, đánh giá chứng cứ và kết quả hòa giải. Nghiên cứu hồ sơ vụ án là hoạt động của Luật sư trong phân tích, so sánh, tổng hợp tài liệu chứng cứ, xác định tính thống nhất hay mâu thuẫn của các tài liệu, chứng cứ trong mối quan hệ với vấn đề cần chứng minh để rút ra kết luận làm cơ sở cho việc xây dựng phương án bảo vệ quyền lợi hợp pháp của đương sự.

Khi nghiên cứu hồ sơ vụ án, cần chú ý các bước sau đây:

- *Nghiên cứu tài liệu, chứng cứ của nguyên đơn, gồm:*

+ Đơn khởi kiện của nguyên đơn để xác định yêu cầu khởi kiện;

+ Các tài liệu, chứng cứ do nguyên đơn xuất trình để chứng minh cho yêu cầu khởi kiện;

+ Các lời khai về sự việc tranh chấp.

- Nghiên cứu các tài liệu, chứng cứ của bị đơn gồm:

+ Văn bản ý kiến của bị đơn về yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn;

+ Đơn yêu cầu phản tố (nếu có);

+ Các tài liệu, chứng cứ của bị đơn chứng minh cho yêu cầu của mình.

- Nghiên cứu tài liệu, chứng cứ của người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan, gồm:

+ Đơn yêu cầu độc lập (nếu có);

+ Các tài liệu, chứng cứ do người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan giao nộp;

+ Các lời khai về sự việc có liên quan đến yêu cầu độc lập.

2. Hệ thống hóa chứng cứ

- Xác định vấn đề cần chứng minh trong vụ án?

- Hệ thống hóa chứng cứ của nguyên đơn (nếu là Luật sư bảo vệ quyền lợi cho nguyên đơn), bao gồm:

+ Sắp xếp tài liệu, chứng cứ của nguyên đơn theo thứ tự: Đơn yêu cầu, các tài liệu, chứng cứ chứng minh cho yêu cầu của nguyên đơn;

+ Đánh giá, xác định giá trị chứng minh của các tài liệu, chứng cứ đó trong mối liên hệ giữa chúng với đối tượng cần chứng minh;

+ So sánh, phân tích, tổng hợp để xác định tính thống nhất hay mâu thuẫn của các tài liệu chứng cứ;

+ Rút ra kết luận về tính có căn cứ hay không có căn cứ của yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn.

- Hệ thống hóa chứng cứ của phía đối phương (bị đơn) theo phương thức nêu trên để phân tích, so sánh, tổng hợp các ý kiến hoặc yêu cầu phản tố (nếu có) làm căn cứ đưa ra quyết định chấp nhận hoặc bác bỏ (một phần hay toàn bộ) yêu cầu.

- Hệ thống hóa chứng cứ của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập (nếu có) theo phương thức trên.

3. Chuẩn bị kế hoạch xét hỏi, luận cứ bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho đương sự

a) Chuẩn bị kế hoạch xét hỏi :

Xét hỏi là một phương pháp điều tra công khai tại phiên tòa, thể hiện kỹ năng của Luật sư. Sau khi nghiên cứu hồ sơ vụ án, Luật sư phải xây dựng kế hoạch xét hỏi. Trong kế hoạch xét hỏi cần xác định những vấn đề cần hỏi, những người cần hỏi gồm: Nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan, những người tham gia tố tụng khác như giám định viên, hội đồng định giá tài sản, người làm chứng, v.v..

Nội dung xét hỏi dưới dạng những câu hỏi đặt ra cho phía đương sự đối phương, kèm theo dự kiến các câu trả lời và các câu hỏi tiếp theo để làm rõ tính mâu thuẫn của các tài liệu, chứng cứ Luật sư đã phát hiện khi nghiên cứu hồ sơ. Trong kế hoạch xét hỏi, cần sắp xếp các vấn đề cần hỏi và những người sẽ hỏi theo một trật tự lôgic, tiếp nối hợp lý để đào sâu, làm nổi bật những vấn đề cần chứng minh, tránh những câu hỏi bất lợi cho đương sự mà mình bảo vệ. Các câu hỏi nên được diễn đạt ngắn, gọn, rõ ràng, tránh sự giải thích dài dòng, không tập trung. Luật sư cần tham khảo các loại câu hỏi thường được áp dụng như hỏi trực tiếp vấn đề cần quan tâm, hỏi gián tiếp theo kiểu xoáy trôn ốc để cuối cùng làm rõ vấn đề cần hỏi, v.v.. Kế hoạch xét hỏi cần được bổ sung, sửa đổi cho phù hợp với diễn biến quá trình xét hỏi tại tòa.

b) Chuẩn bị luận cứ bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho đương sự:

Sau khi có kết quả nghiên cứu hồ sơ vụ án, Luật sư cần xây dựng bản luận cứ bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho đương sự. Bản luận cứ gồm có các phần sau:

- *Phần mở đầu*: Giới thiệu Luật sư bảo vệ quyền lợi cho đương sự là nguyên đơn hoặc bị đơn hoặc người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có (hay không có) yêu cầu độc lập.

- *Phần nội dung*: Nêu tóm tắt nội dung vụ án, yêu cầu của thân chủ. Nêu các căn cứ bảo vệ quyền lợi với các luận cứ, luận chứng và các tài liệu,

chứng cứ trong bản hệ thống hóa đã chuẩn bị trước, được sắp xếp theo một trật tự lôgic để chứng minh cho yêu cầu.

- *Phần kiến nghị*: Nêu căn cứ các điều luật cần áp dụng, đề nghị Tòa án chấp nhận yêu cầu của đương sự mà Luật sư bảo vệ, không chấp nhận yêu cầu của đương sự đối phương. Bày tỏ sự tin tưởng vào phán quyết công minh của Hội đồng xét xử về quyền lợi hợp pháp của đương sự.

4. Tham gia tranh tụng tại phiên tòa sơ thẩm và phúc thẩm

Tại phiên tòa dân sự sơ thẩm, vai trò của Luật sư với tư cách là người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự có vị trí rất quan trọng, được thể hiện từ thủ tục bắt đầu phiên tòa qua các giai đoạn tố tụng xét hỏi và tranh luận. Trong phần thủ tục bắt đầu phiên tòa, Luật sư cần chú ý thành phần những người được triệu tập để có ý kiến kịp thời về sự vắng mặt của những người tham gia tố tụng. Nếu sự vắng mặt của họ không bảo đảm xác định sự thật khách quan của vụ án, có thể gây bất lợi cho việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự là khách hàng của mình, thì Luật sư cần có ý kiến đề nghị tạm hoãn phiên tòa.

Trong phần xét hỏi, Luật sư cần theo dõi diễn biến của việc xét hỏi để bổ sung, chỉnh sửa kế hoạch xét hỏi đã soạn trước cho phù hợp với diễn biến của phiên tòa, tránh trùng lặp những vấn đề đã được xét hỏi rõ ràng; bổ sung những câu hỏi mới có ý nghĩa làm rõ sự thật mà quá trình xét hỏi trước của Hội đồng xét xử, của đại diện Viện kiểm sát (nếu có) chưa làm rõ được.

Trong phần tranh luận, Luật sư trình bày bản luận cứ đã được chỉnh sửa, bổ sung những vấn đề cần thiết dựa vào kết quả xét hỏi công khai tại phiên tòa. Việc trình bày bản luận cứ thể hiện kỹ năng hùng biện của Luật sư. Luật sư có thể trình bày bản luận cứ theo hai cách: Đọc bản luận cứ với giọng đọc rõ ràng, khúc chiết, nhấn mạnh những điểm cơ bản, những chứng cứ quan trọng chứng minh cho yêu cầu của đương sự; hoặc trình bày tóm tắt những luận điểm trong bài viết

theo sự sắp xếp từng ý rõ ràng, có mối liên hệ chặt chẽ với nhau, và khi cần thiết thì trích đọc những tài liệu, chứng cứ có tác dụng chứng minh, thuyết phục người nghe.

Khi đối đáp, Luật sư cần ghi chép những ý, những điểm trong bản luận cứ của Luật sư đối phương, chuẩn bị phương án đối đáp tập trung vào những điểm cần tranh luận, với những căn cứ pháp lý và tài liệu chứng cứ rõ ràng, tránh nói chung chung hoặc không đi trực tiếp vào vấn đề cần đối đáp, làm giảm hiệu quả của việc đối đáp trong tranh luận.

Tại phiên tòa phúc thẩm, kỹ năng của Luật sư cũng thể hiện như trong phiên tòa sơ thẩm qua phần thủ tục và các giai đoạn tố tụng xét hỏi, tranh luận. Nếu đương sự mà Luật sư có trách nhiệm bảo vệ kháng cáo thì Luật sư phải chứng minh việc kháng cáo đó là có căn cứ pháp lý, trên cơ sở làm rõ những phán quyết không có căn cứ của bản án sơ thẩm. Nếu đương sự đối phương kháng cáo thì Luật sư tập trung làm rõ những điểm, những yêu cầu kháng cáo không có căn cứ để bảo vệ quyền lợi hợp pháp của thân chủ mình. Kỹ năng tranh luận, đối đáp tại phiên tòa phúc thẩm cũng tương tự như phiên tòa sơ thẩm.

5. Sự tham gia của Luật sư hỗ trợ pháp lý cho khách hàng trong thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm, thủ tục thi hành án và một số trình tự khác

Giám đốc thẩm là thủ tục xem xét lại bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị giám đốc thẩm khi có căn cứ xác định: Kết luận trong bản án, quyết định không phù hợp với những tình tiết khách quan của vụ án gây thiệt hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự; Có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng làm cho đương sự không thực hiện được quyền, nghĩa vụ tố tụng của mình, dẫn đến quyền, lợi ích hợp pháp của họ không được bảo vệ theo đúng quy định của pháp luật; Có sai lầm trong việc áp dụng pháp luật dẫn đến việc ra bản án, quyết định không đúng, gây thiệt hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự, xâm phạm đến lợi ích công cộng, lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của người thứ ba.

Trong thủ tục giám đốc thẩm, Luật sư có thể hỗ trợ đương sự những việc sau đây: Nghiên cứu hồ sơ vụ án, xây dựng hồ sơ khiếu nại cho đương sự, bao gồm: Soạn thảo đơn đề nghị xem xét bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật theo thủ tục giám đốc thẩm gửi những người có thẩm quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm, hệ thống hóa các chứng cứ chứng minh cho yêu cầu khiếu nại.

Nội dung đơn phải có các nội dung chính sau đây:

- Ngày, tháng, năm làm đơn đề nghị;

- Tên, địa chỉ của người đề nghị;

- Tên bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật được đề nghị xem xét theo thủ tục giám đốc thẩm;

- Lý do đề nghị, yêu cầu của người đề nghị;

- Người đề nghị là cá nhân phải ký tên hoặc điểm chỉ; Người đề nghị là cơ quan, tổ chức thì người đại diện hợp pháp của cơ quan, tổ chức đó phải ký tên và đóng dấu vào phần cuối đơn; Trường hợp tổ chức đề nghị là doanh nghiệp thì việc sử dụng con dấu được thực hiện theo quy định của Luật doanh nghiệp. Kèm theo đơn đề nghị, người đề nghị phải gửi bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật, tài liệu, chứng cứ (nếu có) để chứng minh cho những yêu cầu của mình là có căn cứ và hợp pháp.

Phiên tòa giám đốc thẩm không bắt buộc phải có mặt đương sự và Luật sư tham gia tố tụng mà những người này chỉ được tham gia khi Tòa án có thẩm quyền xét thấy cần thiết và triệu tập theo quy định của pháp luật.

Tái thẩm là thủ tục xem xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị vì có tình tiết mới được phát hiện có thể làm thay đổi cơ bản nội dung của bản án, quyết định mà Tòa án, các đương sự không biết được khi Tòa án ra bản án, quyết định đó. Bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị theo thủ tục tái thẩm khi có một trong những căn cứ sau đây: (1) Mới phát hiện được tình tiết quan trọng của vụ án mà đương sự đã không thể biết được

trong quá trình giải quyết vụ án; (2) Có cơ sở chứng minh kết luận của người giám định, lời dịch của người phiên dịch không đúng sự thật hoặc có giả mạo chứng cứ; (3) Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Kiểm sát viên cố ý làm sai lệch hồ sơ vụ án hoặc cố ý kết luận trái pháp luật; (4) Bản án, quyết định hình sự, hành chính, dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động của Tòa án hoặc quyết định của cơ quan nhà nước mà Tòa án căn cứ vào đó để giải quyết vụ án đã bị hủy bỏ.

Khi hỗ trợ pháp lý cho đương sự theo thủ tục tái thẩm, Luật sư cũng áp dụng các kỹ năng như hỗ trợ cho họ theo thủ tục giám đốc thẩm.

Hỗ trợ pháp lý của Luật sư trong thủ tục thi hành án và một số trình tự khác như xử lý hành vi cản trở hoạt động tố tụng dân sự, Luật sư cần tham khảo Phần thứ chín và Phần thứ mười Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

PHẦN 4

KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG MỘT SỐ VỤ ÁN DÂN SỰ CỤ THỂ

Chương 12
KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG VỤ ÁN HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH

I. TÍNH CHẤT, ĐẶC ĐIỂM CỦA VỤ ÁN HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH

Trên cơ sở các quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình, các vụ án về hôn nhân và gia đình có những tính chất và đặc điểm như sau:

Tranh chấp về hôn nhân và gia đình là những tranh chấp được điều chỉnh bởi các quy định của pháp luật liên quan đến quan hệ hôn nhân và gia đình, đặc biệt là về nhân thân và về tài sản. Vì vậy, các vụ án về hôn nhân và gia đình chủ yếu có các đương sự có quan hệ vợ chồng, cha mẹ và con, các thành viên khác trong gia đình (ông bà, cháu, anh, chị, em). Đây đều là những quan hệ xã hội có tính đặc thù trên cơ sở hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng, cấp dưỡng. Đặc trưng này được thể hiện tại khoản 1 và khoản 2 Điều 3 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014, cụ thể:

- Hôn nhân là quan hệ giữa vợ và chồng sau khi kết hôn.

- Gia đình là tập hợp những người gắn bó với nhau do hôn nhân, quan hệ huyết thống hoặc quan hệ nuôi dưỡng, làm phát sinh các quyền và nghĩa vụ giữa họ với nhau theo quy định của Luật hôn nhân và gia đình.

Các tình tiết khách quan, các sự kiện trong vụ án hôn nhân - gia đình là những sự kiện pháp lý có nhiều tính chất đặc biệt, cụ thể:

- Chỉ xảy ra đối với chủ thể là cá nhân (không có chủ thể là pháp nhân, cơ quan, tổ chức).

- Lợi ích về hôn nhân và gia đình gắn với nhân thân, bền vững, không bằng thỏa thuận, không thể chuyển giao, không đền bù ngang giá, vì chủ yếu các quyền và lợi ích hợp pháp về hôn nhân và gia đình do quan hệ nhân thân tạo ra.

Sự kiện về hôn nhân và gia đình được xác định đúng thời điểm và gắn với quyết định (sự công nhận) của Nhà nước (thời điểm đăng ký kết hôn, thời điểm mở thừa kế, ngày xác định cha, mẹ, con, thời điểm công nhận con nuôi, thời điểm chấm dứt hôn nhân, thời điểm chấm dứt con nuôi, v.v.). Đặc trưng này được thể hiện tại:

- *Khoản 13 Điều 3 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014:* "Thời kỳ hôn nhân là khoảng thời gian tồn tại quan hệ vợ chồng, được tính từ ngày đăng ký kết hôn đến ngày chấm dứt hôn nhân".

- *Khoản 1 Điều 38 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014:* Trong thời kỳ hôn nhân, vợ chồng có quyền thỏa thuận chia một phần hoặc toàn bộ tài sản chung, trừ trường hợp quy định tại Điều 42 của Luật hôn nhân và gia đình năm 2014; nếu không thỏa thuận được thì có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết.

- *Điều 39 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014:* "Thời điểm có hiệu lực của việc chia tài sản trong thời kỳ hôn nhân:

1. Thời điểm có hiệu lực của việc chia tài sản chung của vợ chồng là thời điểm do vợ chồng thỏa thuận và được ghi trong văn bản; nếu trong văn bản không xác định thời điểm có hiệu lực thì thời điểm có hiệu lực được tính từ ngày lập văn bản.

2. Trong trường hợp tài sản được chia mà theo quy định của pháp luật, giao dịch liên quan đến tài sản đó phải tuân theo hình thức nhất định thì việc chia tài sản chung của vợ chồng có hiệu lực từ thời điểm việc thỏa thuận tuân thủ hình thức mà pháp luật quy định.

3. Trong trường hợp Tòa án chia tài sản chung của vợ chồng thì việc chia tài sản chung có hiệu lực kể từ ngày bản án, quyết định của Tòa án có hiệu lực pháp luật.

4. Quyền, nghĩa vụ về tài sản giữa vợ, chồng với người thứ ba phát sinh trước thời điểm việc chia tài sản chung có hiệu lực vẫn có giá trị pháp lý, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác".

- Khoản 1 Điều 57 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014: "Quan hệ hôn nhân chấm dứt kể từ ngày bản án, quyết định ly hôn của Tòa án có hiệu lực pháp luật".

- Điều 65 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014: "Hôn nhân chấm dứt kể từ thời điểm vợ hoặc chồng chết.

Trong trường hợp Tòa án tuyên bố vợ hoặc chồng là đã chết thì thời điểm hôn nhân chấm dứt được xác định theo ngày chết được ghi trong bản án, quyết định của Tòa án".

- Khoản 1 Điều 88 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014: "Con sinh ra trong thời kỳ hôn nhân hoặc do người vợ có thai trong thời kỳ hôn nhân là con chung của vợ chồng.

Con được sinh ra trong thời hạn 300 ngày kể từ thời điểm chấm dứt hôn nhân được coi là con do người vợ có thai trong thời kỳ hôn nhân.

Con sinh ra trước ngày đăng ký kết hôn và được cha mẹ thừa nhận là con chung của vợ chồng".

Những quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình đều là những quy định gắn với đạo đức xã hội, phong tục tập quán. Sự gắn kết này thể hiện sâu sắc trong pháp luật cũng như trong thực tiễn áp dụng pháp luật về hôn nhân và gia đình. Hơn nữa, theo Điều 7 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014, trong trường hợp pháp luật không quy định và các bên không có thỏa thuận thì áp dụng tập quán tốt đẹp thể hiện bản sắc của mỗi dân tộc, không vi phạm điều cấm của Luật, không trái với những nguyên tắc cơ bản của chế độ hôn nhân và gia đình.

Nguồn của pháp luật về hôn nhân và gia đình rất rộng, được thể hiện qua Hiến pháp (Điều 16, Điều 26, Điều 36, Điều 119 Hiến pháp năm 2013); Luật hôn nhân và gia đình năm 2014, Bộ luật dân sự năm 2015, Luật trẻ em năm 2016, Luật bình đẳng giới năm 2006, Luật phòng, chống bạo

lực gia đình năm 2007, Luật nuôi con nuôi năm 2010, Luật giáo dục năm 2005 sửa đổi, bổ sung năm 2009, 2014, Luật hộ tịch năm 2014, Luật cư trú năm 2006 sửa đổi, bổ sung năm 2013, v.v..

Có thể nói, chế độ hôn nhân và gia đình Việt Nam đã được kế thừa, bổ sung, thay đổi, phát triển theo nhiều đạo luật hôn nhân và gia đình, bao gồm đạo luật hôn nhân và gia đình các năm 1959, 1986, 2000, 2014. Vấn đề áp dụng Luật hôn nhân và gia đình năm 1959, năm 1986, năm 2000 hay 2014 ảnh hưởng rất nhiều đến việc xét xử, nhất là về vấn đề tài sản chung, tài sản riêng của vợ, chồng, thời kỳ hôn nhân, xác định cha, mẹ, con. Có một số vụ án về hôn nhân và gia đình còn liên quan đến pháp luật về hôn nhân và gia đình thời Pháp thuộc được quy định trong Bộ dân luật Bắc kỳ năm 1931, Bộ dân luật Trung kỳ năm 1935, Bộ dân luật Nam kỳ giản yếu năm 1883; ở các tỉnh phía Nam, một số vụ án liên quan đến pháp luật thời chế độ Sài Gòn cũ còn liên quan tới nhiều văn bản pháp luật về hôn nhân và gia đình trải qua các giai đoạn từ sau năm 1954 đến ngày 30-4-1975. Do đó, Luật sư khi giải quyết vụ án về hôn nhân và gia đình không thể không quan tâm đến tính chất đặc thù này, bởi thực tế đã có một số vụ án về hôn nhân và gia đình tại các Tòa án ở nước ngoài, có liên quan đến người Việt Nam định cư ở nước ngoài, liên quan đến pháp luật hôn nhân và gia đình Việt Nam trải qua nhiều thời kỳ, nhiều giai đoạn khác nhau, dẫn đến việc Tòa án nước ngoài có tham chiếu đến pháp luật về hôn nhân và gia đình Việt Nam. Lúc này, các Luật sư nước ngoài thường yêu cầu Luật sư Việt Nam có ý kiến pháp lý về các vấn đề về nhân thân, về hôn nhân, về tài sản, v.v..,trong vụ án hôn nhân và gia đình đó.

Một trong những nguyên tắc cơ bản mà Luật hôn nhân và gia đình năm 2014 đặt ra chính là: Nhà nước, xã hội và gia đình bảo vệ, hỗ trợ trẻ em, bảo hộ quyền của mình, giúp đỡ các bà mẹ thực hiện tốt chức năng cao quý của người mẹ. Nguyên tắc này được thể hiện tại khoản 2 Điều 36 Hiến pháp năm 2013, khoản 4 Điều 2 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014.

Thực hiện nguyên tắc này, nhiều quy định của Luật hôn nhân và gia đình bảo vệ quyền của phụ nữ và trẻ em, ví dụ:

- *Khoản 3 Điều 51 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014:* Chồng không có quyền yêu cầu ly hôn trong trường hợp vợ đang có thai, sinh con hoặc đang nuôi con dưới 12 tháng tuổi.

- *Điều 55 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014:* Trong trường hợp vợ chồng cùng yêu cầu ly hôn, nếu xét thấy hai bên thật sự tự nguyện ly hôn và đã thỏa thuận về việc chia tài sản, việc trông nom, nuôi dưỡng, chăm sóc, giáo dục con trên cơ sở bảo đảm quyền lợi chính đáng của vợ và con thì Tòa án công nhận thuận tình ly hôn; nếu không thỏa thuận được hoặc có thỏa thuận nhưng không bảo đảm quyền lợi chính đáng của vợ và con thì Tòa án giải quyết việc ly hôn.

- *Khoản 5 Điều 59 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014:* Việc chia tài sản chung của vợ chồng khi ly hôn bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của vợ, con chưa thành niên, con đã thành niên mất năng lực hành vi dân sự hoặc không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình.

- *Khoản 4 Điều 68 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014:* Mọi thỏa thuận của cha mẹ, con liên quan đến quan hệ nhân thân, tài sản không được làm ảnh hưởng đến quyền, lợi ích hợp pháp của con chưa thành niên, con đã thành niên mất năng lực hành vi dân sự hoặc không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình, cha mẹ mất năng lực hành vi dân sự hoặc không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình.

II. NHỮNG NỘI DUNG LUẬT SƯ CẦN TRAO ĐỔI VỚI KHÁCH HÀNG KHI THAM GIA VỤ ÁN VỀ HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH

Đối với vụ án về hôn nhân và gia đình, khi trao đổi với khách hàng, Luật sư cần quan tâm những vấn đề cơ bản sau:

Vì quan hệ xã hội đặc thù trong vụ án hôn nhân và gia đình, Luật sư cần dành nhiều thời gian trao đổi với khách hàng để nắm bắt được

nguyên nhân sâu xa của tranh chấp, nguồn gốc phát sinh mâu thuẫn giữa vợ và chồng, thời điểm, tính chất phức tạp, nghiêm trọng khi bùng nổ tranh chấp. Vì theo khoản 1 Điều 56 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014: Khi vợ hoặc chồng yêu cầu ly hôn mà hòa giải tại Tòa án không thành thì Tòa án giải quyết cho ly hôn nếu có căn cứ về việc vợ, chồng có hành vi bạo lực gia đình hoặc vi phạm nghiêm trọng quyền, nghĩa vụ của vợ, chồng làm cho hôn nhân lâm vào tình trạng trầm trọng, đời sống chung không thể kéo dài, mục đích của hôn nhân không đạt được.

Luật sư cần nắm rõ quan hệ nhân thân giữa các đương sự trong vụ án với đầy đủ cơ sở pháp lý như Giấy chứng nhận đăng ký kết hôn, bản án ly hôn, Giấy khai sinh, Giấy chứng tử, Giấy giao nhận con nuôi, v.v., cũng như các giấy tờ pháp lý về tài sản (giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở, quyền sử dụng đất ở, giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, tài khoản ngân hàng, hợp đồng mua bán, v.v.). Để đạt được kết quả tốt trong công việc này, Luật sư cũng cần chú ý hướng dẫn khách hàng thu thập tài liệu, chứng cứ để làm cơ sở bảo vệ quyền lợi hợp pháp. Nguồn chứng cứ của các vụ án về hôn nhân và gia đình thường rất nhiều, bao gồm: Thư từ trao đổi trong nhiều năm, người làm chứng là người trong gia đình, bạn bè, v.v..

Đặc biệt, Luật sư cần trao đổi với khách hàng về những quy định của pháp luật có liên quan đến nội dung và các yêu cầu tranh chấp trong vụ án, giúp cho khách hàng nhận thức rõ hơn về các quy định của pháp luật có liên quan. Cụ thể:

- *Điều 81 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014:*

"1. Sau khi ly hôn, cha mẹ vẫn có quyền, nghĩa vụ trông nom, chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con chưa thành niên, con đã thành niên mất năng lực hành vi dân sự hoặc không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình theo quy định của Luật hôn nhân và gia đình, Bộ luật dân sự và các luật khác có liên quan.

2. Vợ, chồng thỏa thuận về người trực tiếp nuôi con, nghĩa vụ, quyền của mỗi bên sau khi ly hôn đối với con; trường hợp không thỏa thuận

được thì Tòa án quyết định giao con cho một bên trực tiếp nuôi căn cứ vào quyền lợi về mọi mặt của con; nếu con từ đủ 07 tuổi trở lên thì phải xem xét nguyện vọng của con.

3. Con dưới 36 tháng tuổi được giao cho mẹ trực tiếp nuôi, trừ trường hợp người mẹ không đủ điều kiện để trực tiếp trông nom, chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con hoặc cha mẹ có thỏa thuận khác phù hợp với lợi ích của con".

- Điều 82 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014:

"1. Cha, mẹ không trực tiếp nuôi con có nghĩa vụ tôn trọng quyền của con được sống chung với người trực tiếp nuôi.

2. Cha, mẹ không trực tiếp nuôi con có nghĩa vụ cấp dưỡng cho con.

3. Sau khi ly hôn, người không trực tiếp nuôi con có quyền, nghĩa vụ thăm nom con mà không ai được cản trở.

Cha, mẹ không trực tiếp nuôi con lạm dụng việc thăm nom để cản trở hoặc gây ảnh hưởng xấu đến việc trông nom, chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con thì người trực tiếp nuôi con có quyền yêu cầu Tòa án hạn chế quyền thăm nom con của người đó".

- Điều 83 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014:

"1. Cha, mẹ trực tiếp nuôi con có quyền yêu cầu người không trực tiếp nuôi con thực hiện các nghĩa vụ theo quy định tại Điều 82 của Luật hôn nhân và gia đình; yêu cầu người không trực tiếp nuôi con cùng các thành viên gia đình tôn trọng quyền được nuôi con của mình.

2. Cha, mẹ trực tiếp nuôi con cùng các thành viên gia đình không được cản trở người không trực tiếp nuôi con trong việc thăm nom, chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con".

- Khoản 2, khoản 3, khoản 4 và khoản 5 Điều 59 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014, khi ly hôn:

"1. Tài sản chung của vợ chồng được chia đôi nhưng có tính đến các yếu tố sau đây:

(a) Hoàn cảnh của gia đình và của vợ, chồng;

(b) Công sức đóng góp của vợ, chồng vào việc tạo lập, duy trì và phát triển khối tài sản chung. Lao động của vợ, chồng trong gia đình được coi như lao động có thu nhập;

(c) Bảo vệ lợi ích chính đáng của mỗi bên trong sản xuất, kinh doanh và nghề nghiệp để các bên có điều kiện tiếp tục lao động tạo thu nhập;

(d) Lỗi của mỗi bên trong vi phạm quyền, nghĩa vụ của vợ chồng.

2. Tài sản chung của vợ chồng được chia bằng hiện vật, nếu không chia được bằng hiện vật thì chia theo giá trị; bên nào nhận phần tài sản bằng hiện vật có giá trị lớn hơn phần mình được hưởng thì phải thanh toán cho bên kia phần chênh lệch.

3. Tài sản riêng của vợ, chồng thuộc quyền sở hữu của người đó, trừ trường hợp tài sản riêng đã nhập vào tài sản chung theo quy định của Luật hôn nhân và gia đình.

Trong trường hợp có sự sáp nhập, trộn lẫn giữa tài sản riêng với tài sản chung mà vợ, chồng có yêu cầu về chia tài sản thì được thanh toán phần giá trị tài sản của mình đóng góp vào khối tài sản đó, trừ trường hợp vợ chồng có thỏa thuận khác.

4. Bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của vợ, con chưa thành niên, con đã thành niên mất năng lực hành vi dân sự hoặc không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình".

Ngoài ra, Luật sư cần trao đổi với khách hàng những vấn đề về đạo đức xã hội, phong tục tập quán có liên quan vụ án. Để làm tốt điều này, Luật sư cần hỏi rõ khách hàng về hoàn cảnh của các đương sự, quan hệ thực tế giữa các bên, ý muốn cụ thể, cao nhất, tối thiểu của khách hàng.

Luật sư cần trao đổi với khách hàng về lợi ích của hòa giải, thiệt hại của tranh chấp, hướng khách hàng đến phương thức hòa giải nhằm đem lại kết quả tốt đẹp chung, giữ được tính chất bền vững, thiêng liêng của quan hệ hôn nhân và gia đình. Cần trao đổi làm cho khách hàng thấy được những thiệt hại này sẽ ảnh hưởng không chỉ đến hiện tại, mà còn đến các thế hệ mai sau nếu tranh chấp, thắng thua tại tòa diễn ra gay gắt.

Trong suốt quá trình nhận bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự trong vụ án hôn nhân và gia đình, Luật sư cần liên hệ thường xuyên với khách hàng để biết được những diễn tiến trong gia đình xoay quanh vụ án. Việc cập nhật thông tin này nhằm giúp Luật sư tìm ra cơ hội hòa giải giữa các bên, đồng thời giúp khách hàng bổ sung chứng cứ cho vụ án.

III. NHỮNG VẤN ĐỀ PHÁP LÝ ĐẶT RA KHI LY HÔN

Trong vụ án về ly hôn, Luật sư cần chú ý những vấn đề pháp lý như sau:

- Vợ chồng có đăng ký kết hôn hợp pháp hay không, để xác định giữa hai người là hôn nhân hợp pháp hay không hợp pháp. Đồng thời, trên cơ sở Giấy đăng ký kết hôn, Luật sư xác định thời kỳ hôn nhân của vợ chồng, thời điểm bắt đầu hôn nhân của vợ chồng để có cơ sở xem xét về tài sản chung, tài sản riêng.

- Khách hàng có yêu cầu ly hôn hay là vợ/chồng của khách hàng có yêu cầu ly hôn. Nếu khách hàng có yêu cầu ly hôn thì cần hỏi rõ vợ, chồng của khách hàng có đồng ý ly hôn hay không. Nếu vợ/chồng của khách hàng không đồng ý ly hôn thì chỉ có phương thức duy nhất là khởi kiện tại Tòa án về việc ly hôn (ly hôn theo yêu cầu của một bên được quy định tại Điều 56 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014).

Nếu vợ, chồng của khách hàng đồng ý ly hôn thì chọn một trong những phương thức: (1) Khách hàng khởi kiện ly hôn theo yêu cầu của một bên để sau khi Tòa án thụ lý đơn khởi kiện về việc ly hôn, Tòa án công nhận sự thỏa thuận của đương sự về việc ly hôn trên cơ sở đồng ý ly hôn của bị đơn; (2) Khách hàng và vợ, chồng cùng có đơn yêu cầu Tòa án cho thuận tình ly hôn theo Điều 55 Luật hôn nhân và gia đình. Luật sư cần hỏi rõ vấn đề mâu thuẫn giữa vợ chồng (nguyên nhân, thời điểm phát sinh mâu thuẫn, những phương thức đã giải quyết, v.v.).

- Hỏi rõ về việc có yếu tố nước ngoài hay không để khởi kiện tại Tòa án cấp huyện hay Tòa án cấp tỉnh.

- Trao đổi với khách hàng về việc nuôi dạy con sau khi ly hôn trên cơ sở quy định của Điều 81 và Điều 83 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014. Chú ý các điều kiện nuôi dạy con (việc làm, chỗ ở, thu nhập, thời gian chăm sóc con, v.v.).

- Làm rõ các vấn đề pháp lý về tài sản chung, tài sản riêng của vợ, chồng trong thời kỳ hôn nhân. Vấn đề tài sản thường rất phức tạp về pháp lý, nhất là đối với bất động sản (quyền sở hữu nhà, quyền sử dụng đất, v.v.). Việc phân chia tài sản chung và tài sản riêng của vợ, của chồng cần được Luật sư làm rõ về các khía cạnh pháp lý liên quan đến Luật nhà ở năm 2014, Luật kinh doanh bất động sản năm 2014, Luật đất đai năm 2013, v.v..

- Từ ngày 01-01-2015, áp dụng các quy định của Luật hôn nhân và gia đình năm 2014, Luật sư cần chú ý về việc thỏa thuận xác lập chế độ tài sản của vợ chồng theo quy định tại Điều 47, Điều 48, Điều 49 và Điều 50 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014.

- Hiện nay, Tòa án Việt Nam đã áp dụng án lệ trong xét xử. Vì vậy, cần chú ý các án lệ liên quan đến tài sản của vợ chồng, thừa kế có liên quan đến tranh chấp tài sản khi ly hôn.

IV. KỸ NĂNG XEM XÉT NGUYỆN VỌNG CỦA CON TRONG VỤ ÁN LY HÔN

- Luật sư cần hết sức quan tâm đến vấn đề tâm lý của trẻ em, của người chưa thành niên khi tham gia giải quyết vấn đề giao con cho ai nuôi dưỡng trong vụ án ly hôn.

- Cần tạo bầu không khí thân thiện khi tiếp xúc với các con của khách hàng để trao đổi về việc trẻ thích sống với ai sau khi cha mẹ ly hôn, việc thăm nuôi con sẽ như thế nào. Luật sư nên hỏi khách hàng về quá trình và tình trạng hiện tại của việc nuôi dạy, học hành, đưa đón các con.

- Vì tính nhạy cảm của vấn đề, có thể Luật sư không nên hỏi trực tiếp mà nên hỏi một cách gián tiếp những vấn đề sinh hoạt trong gia đình để biết được ước muốn của các con khi cha mẹ ly hôn.

- Luật sư không nên đưa ra những câu hỏi như: "Đối với cha và mẹ con thương ai nhiều hơn?", "Ai chăm sóc con nhiều hơn?" hay "Ai thương con nhiều hơn?". Luật sư cũng nên khéo léo để nhận xét về khả năng cha, mẹ có thể gây ảnh hưởng, tác động đến ý kiến, quyết định của các con.

- Theo Điều 80 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014, nếu con từ đủ 7 tuổi trở lên, Tòa án phải hỏi ý kiến, xem xét nguyện vọng của con liên quan đến vấn đề trực tiếp nuôi dưỡng của cha mẹ sau ly hôn. Ở độ tuổi khoảng 7 tuổi, trẻ em còn rất ngây thơ, trong sáng nhưng cũng đã hình thành được quan điểm cá nhân. Tuy nhiên, đây cũng là độ tuổi dễ bị cha, mẹ gây ảnh hưởng. Vì vậy, Luật sư cần khéo léo giúp trẻ tránh được áp lực tâm lý từ cha mẹ. Cụ thể như, sợ nói thích ở với mẹ thì cha không thương, thậm chí bị cha đánh, hay ngược lại, v.v..

- Luật sư cũng nên khéo léo hỏi các con về cách thức nuôi dạy con trong gia đình, sức khỏe của các con, v.v., để biết rõ hơn về điều kiện, kiến thức chăm sóc, nuôi dạy con của cha, mẹ.

- Đôi khi Luật sư cần khéo léo hỏi các con của khách hàng về các thành viên trong gia đình bên nội, bên ngoại để biết được ảnh hưởng của bên nội, bên ngoại đối với việc giao con cho ai nuôi dưỡng, phương thức nuôi dạy con.

V. NGHIÊN CỨU HỒ SƠ VỤ ÁN TRANH CHẤP HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH

Trong mọi giai đoạn của việc giải quyết vụ án về hôn nhân và gia đình, việc nghiên cứu hồ sơ vụ án đòi hỏi người Luật sư phải quan tâm những vấn đề sau:

- Xác định mục đích khi đọc các tài liệu, chứng cứ trong hồ sơ vụ án hôn nhân và gia đình là nhằm xác định quan hệ hôn nhân hợp pháp hay không hợp pháp, xác định thời kỳ hôn nhân, xác định thành viên trong gia đình, xác định tài sản chung, tài sản riêng của vợ, của chồng, v.v..

- Khi nghiên cứu hồ sơ vụ án tranh chấp về hôn nhân và gia đình, Luật sư cần chú ý những chi tiết về ngày, tháng, năm của các chứng cứ

về hôn nhân, về quan hệ cha mẹ con và tài sản, các chi tiết, diễn biến tâm lý, tình cảm, yêu cầu thông qua lời tự khai, tường trình của đương sự, ý kiến của đương sự trong các lần hòa giải, đối chất.

- Nếu trong vụ án có tranh chấp gay gắt về ly hôn hay không ly hôn, Luật sư cần hết sức quan tâm đến các tài liệu, chứng cứ thể hiện sự mâu thuẫn giữa vợ, chồng, mức độ mâu thuẫn, thời gian mâu thuẫn, nguyên nhân và duyên cớ của mâu thuẫn.

- Trong vụ án có tranh chấp gay gắt về việc giao con cho ai trực tiếp nuôi con sau khi ly hôn, thay đổi người trực tiếp nuôi con sau ly hôn, Luật sư cần chú ý đến các tài liệu, chứng cứ, đặc biệt là lời khai của các đương sự để làm rõ điều kiện của người yêu cầu trực tiếp trông nom, chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con (việc làm, thu nhập, chỗ ở, thời gian, nguyện vọng của con từ 07 tuổi trở lên, sức khỏe của con, các yêu cầu về ổn định chỗ ở, chỗ học, ổn định tâm lý của con, v.v.).

VI. ĐÁNH GIÁ CHỨNG CỨ TRONG VỤ ÁN TRANH CHẤP HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH

Khó khăn Luật sư thường gặp khi đánh giá chứng cứ trong vụ án tranh chấp hôn nhân và gia đình là đánh giá chứng cứ xác định vợ, chồng có hành vi bạo lực gia đình hay không. Việc đánh giá này đòi hỏi Luật sư phải am tường về Luật phòng, chống bạo lực gia đình năm 2007. Cụ thể, Luật sư phải biết rõ khái niệm bạo lực gia đình là hành vi cố ý của thành viên gia đình gây tổn hại hoặc có khả năng gây tổn hại về thể chất, tinh thần, kinh tế đối với thành viên khác trong gia đình. Có 09 loại hành vi bạo lực gia đình được quy định tại Điều 2 Luật phòng, chống bạo lực gia đình năm 2007, gồm:

- Hành hạ, ngược đãi, đánh đập hoặc hành vi cố ý khác xâm hại đến sức khỏe, tính mạng;

- Lăng mạ hoặc hành vi cố ý khác xúc phạm danh dự, nhân phẩm;

- Cô lập, xua đuổi hoặc gây áp lực thường xuyên về tâm lý gây hậu quả nghiêm trọng;

- Ngăn cản việc thực hiện quyền, nghĩa vụ trong quan hệ gia đình giữa ông, bà và cháu; giữa cha, mẹ và con; giữa vợ và chồng; giữa anh, chị, em với nhau;

- Cưỡng ép quan hệ tình dục;

- Cưỡng ép tảo hôn; cưỡng ép kết hôn, ly hôn hoặc cản trở hôn nhân tự nguyện, tiến bộ;

- Chiếm đoạt, hủy hoại, đập phá hoặc có hành vi khác cố ý làm hư hỏng tài sản riêng của thành viên khác trong gia đình hoặc tài sản chung của các thành viên gia đình;

- Cưỡng ép thành viên gia đình lao động quá sức, đóng góp tài chính quá khả năng của họ; kiểm soát thu nhập của thành viên gia đình nhằm tạo ra tình trạng phụ thuộc về tài chính;

- Có hành vi trái pháp luật buộc thành viên gia đình ra khỏi chỗ ở.

Trường hợp có đủ chứng cứ xác định có hành vi bạo lực gia đình, Luật sư phải đánh giá chứng cứ về việc hành vi bạo lực gia đình có làm cho hôn nhân lâm vào tình trạng trầm trọng, đời sống chung không thể kéo dài, mục đích hôn nhân không đạt được. Để đạt được yêu cầu bảo vệ quyền lợi hợp pháp của khách hàng, Luật sư phải nghiên cứu, phân tích từng chi tiết để chứng minh vấn đề này.

Trường hợp ly hôn vì vợ, chồng vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ của vợ, chồng làm cho hôn nhân lâm vào tình trạng trầm trọng, đời sống chung không thể kéo dài, mục đích của hôn nhân không đạt được, Luật sư cần đánh giá các chứng cứ về việc vợ hoặc chồng vi phạm quyền, nghĩa vụ của vợ, chồng trên cơ sở các quy định về quyền và nghĩa vụ của vợ, chồng trong Luật hôn nhân và gia đình năm 2014. Về nhân thân (thủy chung, thương yêu, chăm sóc lẫn nhau, v.v.) và về tài sản (đối với tài sản chung, đối với tài sản riêng, chú ý đến thỏa thuận về tài sản của vợ, chồng, nếu có). Cần chứng minh được tính nghiêm trọng hay không nghiêm trọng của hành vi vi phạm quyền, nghĩa vụ của vợ chồng dẫn đến việc phải ly hôn.

Trường hợp vụ án tranh chấp thay đổi người trực tiếp nuôi con

sau khi ly hôn, phải đánh giá các chứng cứ về việc người trực tiếp nuôi con không còn đủ điều kiện trực tiếp trông nom, chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con. Nội hàm các vấn đề này rất rộng, quy phạm pháp luật điều chỉnh cũng rất nhiều, đồng thời tìm được chứng cứ đã khó, đánh giá chứng cứ lại càng khó hơn. Do đó, Luật sư phải am tường các quy định của pháp luật về giáo dục, chăm sóc sức khỏe trẻ em, đồng thời phải đánh giá các chứng cứ làm cơ sở xác định người trực tiếp nuôi con không còn đủ thời gian, không còn đủ khả năng để trông nom, chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con.

VII. XÂY DỰNG PHƯƠNG ÁN BẢO VỆ QUYỀN LỢI CỦA KHÁCH HÀNG

Luật sư xây dựng phương án bảo vệ quyền lợi của khách hàng trên cơ sở yêu cầu của khách hàng nhưng phải phù hợp với quy định của pháp luật, không trái pháp luật, không trái đạo đức xã hội và đồng thời có đầy đủ chứng cứ. Vì vậy, khi xây dựng phương án bảo vệ quyền lợi cho khách hàng Luật sư phải thuyết phục khách hàng bỏ những yêu cầu không phù hợp với pháp luật, trái đạo đức xã hội, bỏ những yêu cầu không có chứng cứ để chứng minh.

Vụ án tranh chấp hôn nhân và gia đình xảy ra giữa những người có quan hệ gắn bó với nhau do hôn nhân, quan hệ huyết thống, quan hệ nuôi dưỡng làm phát sinh quyền và nghĩa vụ theo quy định của Luật hôn nhân và gia đình năm 2014. Vì vậy, khi xây dựng phương án bảo vệ quyền lợi cho khách hàng, Luật sư cần chú ý đến quan hệ gắn bó của các đương sự trong vụ án để có phương án bảo vệ quyền lợi cho khách hàng vừa hợp lý vừa hợp tình, tránh góp phần làm cho quan hệ tranh chấp giữa các đương sự trở nên gay gắt hơn.

Luật sư cần trao đổi rất kỹ với khách hàng phương án bảo vệ quyền lợi cho họ vì họ là người trong cuộc, hiểu rõ tính khả thi, tính phù hợp, tính "vừa vừa, phải phải" của phương án bảo vệ quyền lợi cho họ. Thực tế, có trường hợp sau khi nghe qua phương án của Luật sư, khách hàng còn đề nghị giảm bớt yêu cầu, để sau này còn nhìn mặt nhau, có thể trở thành "bạn" dù không còn là "bạn đời".

VIII. KỸ NĂNG XÉT HỎI VÀ TRÌNH BÀY LUẬN CỨ CỦA LUẬT SƯ TRONG VỤ ÁN LY HÔN

Nền tảng cơ bản trong giải quyết vụ án về ly hôn là làm rõ căn cứ, bản chất tranh chấp và điều kiện dẫn đến ly hôn hay không ly hôn. Đó là câu chuyện của trái tim. Vì vậy, Luật sư không nên hỏi vợ, chồng về việc còn yêu thương hay không còn yêu thương, mâu thuẫn đến mức độ nào, v.v.. Những vấn đề này, Luật sư cần làm việc trước để khách hàng tự trình bày tại phiên xử công khai. Nếu gặp trường hợp Hội đồng xét xử yêu cầu Luật sư thay mặt đương sự trình bày yêu cầu thì Luật sư nên có ý kiến với Hội đồng xét xử để đương sự tự trình bày yêu cầu của mình nhằm tránh sự phản ứng thái quá của bên đối phương vì quyết liệt muốn hay không muốn ly hôn:

- Nếu khách hàng có yêu cầu ly hôn, Luật sư cần hỏi đối phương về phương thức hàn gắn, giải quyết mâu thuẫn để có thể từ đó đưa ra các lập luận trong phần tranh luận, chứng minh không có cơ sở giải quyết mâu thuẫn, không có giải pháp hàn gắn.

- Nếu khách hàng có yêu cầu không ly hôn, Luật sư cần trao đổi trước với khách hàng và hướng dẫn khách hàng để trả lời những câu hỏi về việc chứng minh mâu thuẫn là không trầm trọng, về việc chứng minh có khả năng đoàn tụ, có giải pháp cho việc đoàn tụ, v.v..

- Về việc giao cho ai trực tiếp nuôi con, Luật sư cần hỏi các điều kiện đáp ứng quyền lợi về mọi mặt của các con (việc làm, thu nhập, kiến thức nuôi dạy con, thời gian và điều kiện chăm sóc con, sự hòa hợp với con, chỗ ở cho các con sau khi ly hôn, quyết tâm nuôi con và tạo điều kiện thuận lợi cho bên kia thực hiện quyền thăm nom con sau khi ly hôn).

- Trong mọi trường hợp, luận cứ của Luật sư cần làm rõ quá trình hôn nhân giữa hai bên. Sự trình bày và lập luận cần tạo được cảm xúc để tác động vào các đương sự, ảnh hưởng đến quyết định của Hội đồng xét xử.

- Trong lập luận, Luật sư cần tránh những chỉ trích cá nhân hướng đến đương sự hay thân nhân gia đình của đương sự. Luật sư cần chú ý

đến sau khi ly hôn, các đương sự vẫn còn những mối quan hệ thông qua các con, nếu không có con thì cũng còn những quan hệ thông qua nhiều kỷ niệm sâu sắc của một thời gian là vợ chồng. Điều này giúp cho vụ án bớt căng thẳng và hàn gắn phần nào sự đổ vỡ giữa hai bên, nhất là sau khi đã ly hôn.

- Luật sư cần sử dụng phần xét hỏi để phần tranh luận có tính thuyết phục trên cơ sở phân tích các điểm thuận lợi đối với các yêu cầu của khách hàng. Thông thường, trong vụ án ly hôn, tâm lý và tình cảm tác động mạnh đến pháp lý, ảnh hưởng đến kết quả vụ án. Do đó, Luật sư phải hết sức quan tâm và khai thác khía cạnh này.

- Kinh nghiệm cho thấy trong vụ án ly hôn, Luật sư nữ bảo vệ quyền lợi cho khách hàng nữ và ngược lại sẽ thuận lợi hơn rất nhiều trong phần xét hỏi và tranh luận vì liên quan đến tâm lý giới. Tuy nhiên, Luật sư giỏi về vụ án ly hôn phải là Luật sư giỏi về tâm lý của cả giới nam và giới nữ, tâm lý người chưa thành niên (vì có liên quan vấn đề giao con cho ai nuôi sau khi ly hôn).

- Mâu thuẫn trong các vụ án về ly hôn nhiều khi rất gay gắt nhưng với các kỹ năng mềm (tâm lý, kinh nghiệm tạo cảm xúc, v.v.) Luật sư sẽ đạt được nghệ thuật trong xét hỏi và tranh luận giúp vụ án đạt kết quả tốt, hàn gắn được phần nào giữa các bên, giúp cho giảm bớt khoảng cách tâm lý. Vì vậy, trong vụ án ly hôn, nghệ thuật xử lý tình huống và kinh nghiệm của Luật sư rất quan trọng.

- Trong vụ án ly hôn, sự thành công của Luật sư thể hiện ở chỗ dù ly hôn hay không ly hôn, dù giao con cho ai nuôi dưỡng, đạt được kết quả đối với các yêu cầu của khách hàng hay không, thì sau khi kết thúc phiên tòa, Luật sư đã thể hiện được tấm lòng và ý thức trách nhiệm của mình đối với những con người là vợ, là chồng, là con trong một gia đình. Vì vậy, luận cứ của Luật sư phải được lập luận trên cơ sở pháp luật gắn với đạo đức, hoàn cảnh gia đình của đương sự để đáp ứng yêu cầu về pháp lý và đạo lý trong việc bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho họ trong vụ án ly hôn.

Chương 13
KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG VỤ ÁN TRANH CHẤP THỪA KẾ

I. TÍNH CHẤT, ĐẶC ĐIỂM CỦA VỤ ÁN TRANH CHẤP THỪA KẾ

Quyền thừa kế là quyền con người, là quyền công dân được quy định tại Điều 32 Chương II Hiến pháp năm 2013. Quyền thừa kế được công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm theo Điều 14 Hiến pháp năm 2013. Quan điểm này được xác nhận tại Điều 2 và Điều 609 Bộ luật dân sự năm 2015.

Theo quy định của Điều 609 Bộ luật dân sự năm 2015:

Cá nhân có quyền:

- Lập di chúc để định đoạt tài sản của mình;
- Để lại tài sản của mình cho người thừa kế theo pháp luật;
- Hưởng di sản theo di chúc hoặc theo pháp luật.

Người thừa kế không là cá nhân có quyền hưởng di sản theo di chúc.

Trên cơ sở các quy định của Bộ luật dân sự năm 2015 (từ Điều 609 đến Điều 662) có 02 loại thừa kế là: *Thừa kế theo di chúc* và *thừa kế theo pháp luật.* Thừa kế là một giao dịch dân sự chuyển dịch tài sản từ người chết qua người còn sống do các quy định của pháp luật (thừa kế theo pháp luật) hoặc do hành vi pháp lý đơn phương (lập di chúc) định đoạt tài sản của người có tài sản khi còn sống và có hiệu lực pháp lý khi người này đã chết (thừa kế theo di chúc). Đối với người thừa kế không phải là cá nhân (pháp nhân, cơ quan, tổ chức) thì việc chuyển dịch tài sản

từ người chết qua người thừa kế chỉ bằng duy nhất hình thức thừa kế theo di chúc và người thừa kế phải còn tồn tại tại thời điểm người để lại di sản qua đời.

II. CÁC LOẠI TRANH CHẤP THỪA KẾ

Thừa kế là một quan hệ pháp luật dân sự chủ yếu dựa trên cơ sở quan hệ huyết thống, quan hệ hôn nhân. Do đó, các tranh chấp về thừa kế chủ yếu là tranh chấp thừa kế theo pháp luật. Ngay cả trong trường hợp tranh chấp thừa kế theo di chúc thì hầu hết các đương sự trong vụ án tranh chấp đều có quan hệ gia đình, huyết thống, hôn nhân.

1. Đặc điểm huyết thống

Huyết thống là đặc điểm cơ bản của quan hệ thừa kế, tranh chấp thừa kế. Cụ thể, trên cơ sở huyết thống:

- Điều 651 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định những người thừa kế và 03 hàng thừa kế theo pháp luật (vợ, chồng, cha đẻ, mẹ đẻ, ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại, anh ruột, chị ruột, em ruột, cụ nội, cụ ngoại, bác ruột, chú ruột, cậu ruột, dì ruột, cháu ruột).

- Điều 652 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định thừa kế thế vị trên cơ sở quan hệ trực hệ giữa ông bà, cha mẹ, cháu, chắt.

- Điều 644 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định những người thừa kế không phụ thuộc vào nội dung của di chúc có: cha, mẹ, vợ, chồng, con chưa thành niên, con đã thành niên mà không có khả năng lao động.

Thực tế, các tranh chấp thừa kế được xét xử tại các cấp tòa án hầu hết căn cứ vào các quy định này.

2. Đặc điểm hôn nhân

Hôn nhân là đặc điểm cơ bản thứ hai của quan hệ tranh chấp thừa kế. Vì vậy, trên cơ sở hôn nhân:

- Điểm a khoản 1 Điều 651 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định người có quan hệ hôn nhân là vợ, chồng thuộc hàng thừa kế thứ nhất.

- Điều 655 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định việc thừa kế trong trường hợp vợ, chồng đã chia tài sản chung, vợ chồng đang xin ly hôn

hoặc đã kết hôn với người khác. Theo đó, nếu hôn nhân còn tồn tại thì người còn sống vẫn được thừa kế di sản trong trường hợp đã chia tài sản chung, đã xin ly hôn mà chưa được ly hôn hoặc đã được Tòa án cho ly hôn bằng bản án hoặc quyết định chưa có hiệu lực pháp luật. Người đang là vợ, là chồng của một người tại thời điểm người đó chết thì dù sau đó đã kết hôn với người khác vẫn được thừa kế di sản.

- Điều 644 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định vợ, chồng thuộc những người thừa kế không phụ thuộc vào nội dung di chúc.

3. Đặc điểm nuôi dưỡng

Nuôi dưỡng cũng là một đặc điểm của thừa kế được pháp luật quy định cụ thể:

- Theo điểm a khoản 1 Điều 651 Bộ luật dân sự năm 2015, con nuôi, cha nuôi, mẹ nuôi được thừa kế di sản của nhau; được thừa kế theo pháp luật; được thừa kế thế vị (Điều 652).

- Điều 654 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định quan hệ thừa kế giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế: Những người này được thừa kế di sản của nhau và được thừa kế di sản theo quy định về thừa kế thế vị (Điều 652), thừa kế giữa con nuôi và cha nuôi, mẹ nuôi và cha đẻ, mẹ đẻ (Điều 653).

Trước đây, một số tranh chấp về thừa kế có vấn đề con nuôi thực tế rất phức tạp do có sự tranh luận trong chứng minh về quan hệ con nuôi, nhưng từ ngày 17-6-2010, Luật nuôi con nuôi được Quốc hội thông qua và có hiệu lực từ ngày 01-01-2011. Điều 50 luật này đã quy định rất cụ thể về vấn đề con nuôi thực tế (không có đăng ký con nuôi) như sau:

"1. Việc nuôi con nuôi giữa công dân Việt Nam với nhau trước ngày Luật này có hiệu lực mà chưa đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì được đăng ký trong thời hạn 05 năm, kể từ ngày Luật nuôi con nuôi năm 2010 có hiệu lực, nếu đáp ứng các điều kiện sau đây:

a) Các bên có đủ điều kiện về nuôi con nuôi theo quy định của pháp luật tại thời điểm phát sinh quan hệ nuôi con nuôi;

b) Đến thời điểm Luật nuôi con nuôi năm 2010 có hiệu lực, quan hệ cha, mẹ và con vẫn đang tồn tại và cả hai bên còn sống;

c) Giữa cha mẹ nuôi và con nuôi có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục nhau như cha mẹ và con.

2. Sau khi được đăng ký, quan hệ nuôi con nuôi quy định tại khoản 1 Điều 50 Luật nuôi con nuôi năm 2010 có giá trị pháp lý kể từ thời điểm phát sinh quan hệ nuôi con nuôi.

3. Chính phủ quy định chi tiết thủ tục đăng ký nuôi con nuôi quy định tại Điều này, bảo đảm thuận lợi và phù hợp với điều kiện thực tế của nhân dân ở các vùng, miền."

Vì vậy, từ ngày 01-01-2016, việc đăng ký việc nuôi con nuôi giữa công dân Việt Nam với nhau trước ngày 01-01-2011 đã chấm dứt. Nhờ quy định này, vấn đề thừa kế có liên quan đến con nuôi đã giảm bớt sự phức tạp. Do đó, Luật sư cần nắm vững Luật nuôi con nuôi năm 2010, nhất là Điều 50 để nâng cao kỹ năng hành nghề trong tranh chấp thừa kế có xuất hiện mối quan hệ con nuôi, cha, mẹ nuôi.

III. NHẬN THỨC CỦA LUẬT SƯ KHI THAM GIA VỤ ÁN TRANH CHẤP THỪA KẾ

Khi tham gia trong một vụ án tranh chấp dân sự, đạo đức hành nghề và truyền thống của nghề luật sư nhắc nhở người Luật sư không chạy đua theo kết quả mà phải luôn quan tâm đến việc nỗ lực hòa giải giữa các bên.

Trong vụ án về tranh chấp thừa kế, vì đặc thù của thừa kế là huyết thống, hôn nhân nên khi tham gia vụ án tranh chấp thừa kế, mục đích cao nhất của người Luật sư là nỗ lực tìm mọi phương thức để hòa giải giữa khách hàng với đối phương nhằm hàn gắn những bất hòa trong gia đình, trong gia tộc.

Trong trường hợp nỗ lực hòa giải không thành, Luật sư cần tìm ra giải pháp nhằm đạt được sự công bằng, đạo lý và pháp lý. Ở đây, không đơn thuần chỉ có pháp lý được đề cập bởi lẽ đạo đức xã hội là điều cần được Luật sư quan tâm trong tranh chấp thừa kế.

Mục đích hòa giải, đạt được đạo lý và pháp lý là mục tiêu mà người Luật sư tham gia trong vụ án tranh chấp thừa kế phải luôn nỗ lực thực hiện, kể cả trong giai đoạn thi hành án.

IV. CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LÝ VỀ THỪA KẾ

1. Thời hiệu thừa kế

Thời hiệu thừa kế được quy định tại Điều 623 Bộ luật dân sự năm 2015. Cần chú ý các loại thời hiệu sau đây:

- Theo khoản 1 Điều 623 Bộ luật dân sự năm 2015, thời hiệu để người thừa kế yêu cầu chia di sản là 30 năm đối với bất động sản, 10 năm đối với động sản, kể từ thời điểm mở thừa kế. Hết thời hạn này thì di sản thuộc về người thừa kế đang quản lý di sản đó. Trường hợp không có người thừa kế đang quản lý di sản thì di sản được giải quyết như sau:

+ Di sản thuộc quyền sở hữu của người đang chiếm hữu theo quy định tại Điều 236 Bộ luật dân sự năm 2015.

+ Di sản thuộc về Nhà nước, nếu không có người chiếm hữu quy định tại điểm a khoản 1 Điều 623 Bộ luật dân sự năm 2015.

- Theo khoản 2 Điều 623 Bộ luật dân sự năm 2015, thời hiệu để người thừa kế yêu cầu xác nhận quyền thừa kế của mình hoặc bác bỏ quyền thừa kế của người khác là 10 năm, kể từ thời điểm mở thừa kế.

- Khoản 3 Điều 623 Bộ luật dân sự năm 2015, thời hiệu yêu cầu người thừa kế thực hiện nghĩa vụ về tài sản của người chết để lại là 03 năm, kể từ thời điểm mở thừa kế.

Luật sư cần phải quan tâm đến các quy định của Bộ luật dân sự năm 2015 về thời hiệu, bao gồm:

- Điều 151. Cách tính thời hiệu

- Điều 154. Bắt đầu thời hiệu khởi kiện vụ án dân sự, thời hiệu yêu cầu giải quyết việc dân sự

- Điều 155. Không áp dụng thời hiệu khởi kiện

- Điều 156. Thời gian không tính vào thời hiệu khởi kiện vụ án dân sự, thời hiệu yêu cầu giải quyết việc dân sự

- Điều 157. Bắt đầu lại thời hiệu khởi kiện vụ án dân sự.

2. Di sản (tài sản thừa kế)

Luật sư cần quan tâm các quy định của Bộ luật dân sự năm 2015 về tài sản, bao gồm:

- Điều 105. Tài sản

- Điều 106. Đăng ký tài sản

- Điều 107. Bất động sản và động sản

- Điều 108. Tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai

- Điều 109. Hoa lợi, lợi tức

- Điều 110. Vật chính và vật phụ

- Điều 111. Vật chia được và vật không chia được

3. Hàng thừa kế

Luật sư cần quan tâm các hàng thừa kế, thứ tự của hàng thừa kế, được quy định tại Điều 651 Bộ luật dân sự năm 2015:

- Những người thừa kế theo pháp luật được quy định theo thứ tự sau đây:

+ Hàng thừa kế thứ nhất gồm: Vợ, chồng, cha đẻ, mẹ đẻ, cha nuôi, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi của người chết;

+ Hàng thừa kế thứ hai gồm: Ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại, anh ruột, chị ruột, em ruột của người chết; cháu ruột của người chết mà người chết là ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại;

+ Hàng thừa kế thứ ba gồm: Cụ nội, cụ ngoại của người chết; bác ruột, chú ruột, cậu ruột, cô ruột, dì ruột của người chết; cháu ruột của người chết mà người chết là bác ruột, chú ruột, cậu ruột, cô ruột, dì ruột; chắt ruột của người chết mà người chết là cụ nội, cụ ngoại.

- Những người thừa kế cùng hàng được hưởng phần di sản bằng nhau.

- Những người ở hàng thừa kế sau chỉ được hưởng thừa kế, nếu không còn ai ở hàng thừa kế trước do đã chết, không có quyền hưởng di sản, bị truất quyền hưởng di sản hoặc từ chối nhận di sản.

4. Phân chia di sản

Luật sư cần quan tâm các quy định về phân chia di sản quy định tại Bộ luật dân sự năm 2015, bao gồm:

- Điều 659. Phân chia di sản theo di chúc

- Điều 660. Phân chia di sản theo pháp luật

- Điều 661. Hạn chế phân chia di sản

- Điều 662. Phân chia di sản trong trường hợp có người thừa kế mới hoặc có người thừa kế bị bác bỏ quyền thừa kế

- Điều 658. Thứ tự ưu tiên thanh toán.

V. THU THẬP, KIỂM TRA, SỬ DỤNG, ĐÁNH GIA CHỨNG CỨ VỀ CÁC VẤN ĐỀ CẦN CHỨNG MINH

Bộ luật dân sự năm 2015 quy định cụ thể, thừa kế theo pháp luật là việc chuyển giao từ người có tài sản đến những người có quan hệ với người này về hôn nhân, nuôi dưỡng, huyết thống, từ những người cùng dòng máu về trực hệ đến những người có họ trong phạm vi ba đời, thành viên gia đình, người thân thích theo quy định tại khoản 1, khoản 3, khoản 16, khoản 17, khoản 18 Điều 3 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014. Do đó, trong vụ án tranh chấp thừa kế theo pháp luật, vấn đề quan trọng nhất phải chứng minh có quan hệ huyết thống và quan hệ hôn nhân, gia đình. Việc chứng minh được thể hiện bằng Giấy khai sinh, Giấy đăng ký kết hôn, văn bản đăng ký con nuôi, v.v.. Trong trường hợp có sự khiếu nại về huyết thống thì cần có giám định ADN để chứng minh. Khi tiếp xúc, Luật sư cần hỏi khách hàng những bằng chứng về huyết thống về hôn nhân để yêu cầu được hưởng thừa kế. Trái lại, để giúp khách hàng bác bỏ yêu cầu của bên đối phương, Luật sư cần xem xét, đánh giá các chứng cứ thể hiện quan hệ huyết thống, hôn nhân, hộ tịch.

Vì thừa kế có thể trải qua nhiều thế hệ, trong một số vụ án, Luật sư phải có hiểu biết pháp luật trong các lĩnh vực dân sự, hộ tịch, hôn nhân gia đình thời Pháp thuộc (Bộ dân luật Bắc áp dụng tại Bắc kỳ, Bộ dân luật Trung áp dụng tại Trung kỳ, Bộ dân luật giản yếu áp dụng tại Nam kỳ thời Pháp thuộc). Ngoài ra, Luật sư còn phải có kiến thức đối với các quy định của pháp luật về hộ tịch, về hôn nhân gia đình từ trước ngày 30-4-1975 ở miền Nam; pháp luật về hộ tịch trước ngày 30-4-1975 áp dụng thời kỳ Việt Nam Dân chủ Cộng hòa, thời Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, Luật hôn nhân và gia đình năm 1959, v.v..

Các nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân Tối cao về hôn nhân và gia đình, về thừa kế, v.v., đều là những cơ sở pháp lý má Luật sư cần phải xem xét khi tham gia một vụ việc tranh chấp về thừa kế.

Trong trường hợp tranh chấp thừa kế có di chúc, Luật sư cần nêu rõ các quy định của pháp luật về di chúc, hiệu lực của di chúc và các quy định có liên quan như pháp luật về công chứng, chứng thực, v.v..

VI. KỸ NĂNG HÒA GIẢI CỦA LUẬT SƯ TRONG VỤ ÁN TRANH CHẤP THỪA KẾ

Đối với vụ án về thừa kế, Luật sư cần đặc biệt quan tâm đến hòa giải trên cơ sở những đặc thù huyết thống, hôn nhân, nuôi dưỡng trong suốt quá trình giải quyết vụ án và ngay cả trong giai đoạn thi hành án. Đồng thời, Luật sư cần nắm rõ các tập quán liên quan thừa kế, hôn nhân - gia đình. Điều 5 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định về áp dụng tập quán và khoản 4 Điều 3 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014 giải thích tập quán về hôn nhân và gia đình như sau:

Khoản 1 Điều 5 Bộ luật dân sự năm 2015: “Tập quán là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng để xác định quyền, nghĩa vụ của cá nhân, pháp nhân trong quan hệ dân sự cụ thể, được hình thành và lặp đi lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài, được thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong một vùng, miền, dân tộc, cộng đồng dân cư hoặc trong một lĩnh vực dân sự”.

Khoản 4 Điều 3 Luật hôn nhân và gia đình năm 2014: "Tập quán về hôn nhân và gia đình là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng về quyền, nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hôn nhân và gia đình, được lặp đi, lặp lại trong một thời gian dài và được thừa nhận rộng rãi trong một vùng, miền hoặc cộng đồng".

Trước khi thực hiện việc hòa giải, Luật sư cần biết rõ hoàn cảnh khách quan của vụ việc tranh chấp, nắm được lịch sử gia đình, dòng tộc để phân tích truyền thống gia đình, cộng đồng, đạo đức cộng đồng danh dự của gia đình, v.v.. Cần phân tích các yếu tố này trên cơ sở ý chí, nguyện vọng của người để lại di sản, sự đoàn kết, sự thương yêu nhau trong dòng tộc, trong gia đình, v.v.. Luật sư cần làm cho những người tranh chấp thấy được những vấn đề về tinh thần, về đạo đức có giá trị cao hơn rất nhiều so với giá trị tài sản (di sản) tranh chấp. Đồng thời, trong tranh chấp về thừa kế, để hòa giải tốt, Luật sư cần làm cho người tranh chấp hiểu rõ vấn đề thuộc về đạo đức xã hội theo tinh thần Điều 123 Bộ luật dân sự năm 2015.

Đạt được hòa giải thành trong vụ án thừa kế là người Luật sư đã góp phần giữ được sự thuận hòa trong gia tộc, trong gia đình của khách hàng và góp phần làm cho xã hội được tốt lành, hạnh phúc hơn. Do đó, đối với vụ án thừa kế, Luật sư cần đặc biệt quan tâm đến khả năng hòa giải thành trên cơ sở đạo lý và pháp lý của quan hệ huyết thống, quan hệ hôn nhân, quan hệ nuôi dưỡng.

VII. QUAN HỆ GIỮA BỘ LUẬT DÂN SỰ VÀ CÁC LUẬT CHUYÊN NGÀNH VỀ THỪA KẾ

Bộ luật dân sự là văn bản đưa ra những quy định chung, làm nền tảng cho các luật chuyên ngành. Vì vậy, để thực hiện tốt vai trò của Luật sư trong các tranh chấp về thừa kế, ngoài sự am tường các quy định của Bộ luật dân sự, Luật sư cần quan tâm tìm hiểu và áp dụng quy định của các luật chuyên ngành có liên quan đến thừa kế như:

- Luật đất đai năm 2013:

Điều 179. Quyền và nghĩa vụ của hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất

Điều 180. Quyền và nghĩa vụ của hộ gia đình, cá nhân chuyển mục đích sử dụng đất từ loại đất không thu tiền sử dụng đất sang loại đất có thu tiền sử dụng đất hoặc thuê đất.

- Luật nhà ở năm 2014:

Điều 8. Điều kiện được công nhận quyền sở hữu nhà ở.

Điều 9. Công nhận quyền sở hữu nhà ở.

- Luật doanh nghiệp năm 2014:

Điều 54. Xử lý phần vốn góp trong một số trường hợp đặc biệt.

Điều 126. Chuyển nhượng cổ phần.

- Luật hôn nhân và gia đình năm 2014:

Điều 66. Giải quyết tài sản của vợ chồng trong trường hợp một bên chết hoặc bị Tòa án tuyên bố là đã chết.

- Luật công chứng năm 2014:

Điều 42. Phạm vi công chứng hợp đồng, giao dịch về bất động sản.

Điều 48. Ký, điểm chỉ trong văn bản công chứng.

Điều 56. Công chứng di chúc.

Điều 59. Công chứng văn bản từ chối nhận di sản.

Điều 64. Chế độ lưu trữ hồ sơ công chứng.

Điều 68. Chi phí khác.

- Luật phòng chống bạo lực gia đình năm 2007:

Điều 12. Nguyên tắc hòa giải mâu thuẫn, tranh chấp giữa các thành viên gia đình.

- Luật bình đẳng giới năm 2006:

Điều 10. Các hành vi bị nghiêm cấm.

Điều 18. Bình đẳng giới trong gia đình.

- Luật bảo hiểm xã hội năm 2014:

Điều 69. Các trường hợp hưởng trợ cấp tuất một lần.

Điều 70. Mức trợ cấp tuất một lần.

Điều 71. Chế độ hưu trí và chế độ tử tuất đối với người vừa có thời gian đóng bảo hiểm xã hội bắt buộc vừa có thời gian đóng bảo hiểm xã hội tự nguyện.

Điều 72. Đối tượng áp dụng chế độ hưu trí.

Điều 73. Điều kiện hưởng lương hưu.

-. Luật tố tụng hành chính năm 2015:

Điều 59. Kế thừa quyền, nghĩa vụ tố tụng hành chính.

- Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015:

Điều 74. Kế thừa quyền, nghĩa vụ tố tụng.

VIII. ÁN LỆ VỀ THỪA KẾ

Luật sư tham gia vụ án tranh chấp về thừa kế không thể không biết án lệ về thừa kế. Năm 2016 trong tổng số 10 án lệ được công bố chỉ có 02 án lệ về thừa kế.

1. Án lệ 05/2016/AL được Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thông qua ngày 06-4-2016 về vụ án "Tranh chấp di sản thừa kế"

Cụ Hưng chết năm 1978, theo quy định của Luật hôn nhân và gia đình năm 1959 thì ông Trải được hưởng 1/7 kỷ phần thừa kế của cụ Hưng. Phần tài sản ông Trải được hưởng của cụ Hưng là tài sản chung của vợ chồng ông Trải, bà Tư. Bà Tư chết năm 1980, các thừa kế của bà Tư gồm ông Trải và 03 người con của ông Trải và bà Tư trong đó có chị Phượng.

Tuy chị Phượng không phải thừa kế thuộc hàng thừa kế thứ nhất của cụ Hưng, cụ Ngự, nhưng là cháu nội của hai cụ và là người có nhiều công sức quản lý di sản, đã chi tiền sửa chữa nhà. Tuy nhiên, trong quá trình giải quyết vụ án, chị Phượng không yêu cầu xem xét công sức vì chị cho rằng vụ án đã hết thời hiệu chia thừa kế, không đồng ý trả nhà đất cho các người thừa kế khác. Như vậy, yêu cầu của chị Phượng đề nghị xác định quyền lợi là lớn hơn yêu cầu xem xét về công sức, nhưng Tòa án cấp sơ thẩm, phúc thẩm chưa xem xét công sức cho chị Phượng là giải quyết chưa triệt để yêu cầu của đương sự.

2. Án lệ số 06/2016/AL được Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thông qua ngày 06-4-2016 về vụ án "Tranh chấp di sản thừa kế"

Lẽ ra, Tòa án cấp sơ thẩm phải thực hiện thủ tục ủy thác tư pháp theo quy định, thu thập chứng cứ đối với ông Đường, bà Thảo để làm rõ thời điểm những người này chết và nếu hai người chết này còn có người thừa kế thì hỏi họ về quan điểm giải quyết vụ án. Tùy từng trường hợp căn cứ chứng cứ mới để giải quyết vụ án theo quy định. Nếu không thu thập được chứng cứ gì hơn thì vẫn phải giải quyết yêu cầu của ông Hưng để được hưởng thừa kế theo pháp luật, phần thừa kế của ông Đường, bà Thảo sẽ tạm giao cho những người đang sống trong nước quản lý để sau này người thừa kế của họ có quyền hưởng theo pháp luật, như vậy mới giải quyết dứt điểm vụ án. Đối với những người đang sống tại phần nhà bà Tiến bán thì nghĩa vụ cung cấp tên tuổi của họ là của bà Tiến. Tòa án cấp sơ thẩm yêu cầu ông Hưng cung cấp tên tuổi của những người này là không đúng đối tượng. Tòa án cấp sơ thẩm cho rằng ông Hưng không cung cấp được tên, địa chỉ của con ông Đường, bà Thảo, người mua nhà của bà Oanh để đình chỉ giải quyết vụ án là không đúng. Tòa án cấp phúc thẩm lẽ ra phải hủy quyết định sơ thẩm để giao giải quyết lại nhưng lại giữ nguyên quyết định sơ thẩm là không đúng.

IX. CHUẨN BỊ PHƯƠNG ÁN BẢO VỆ QUYỀN LỢI CHO KHÁCH HÀNG TRANH CHẤP THỪA KẾ

1. Thời điểm bắt đầu chuẩn bị

Luật sư cần chuẩn bị phương án bảo vệ quyền lợi cho khách hàng từ khi bắt đầu nhận bảo vệ quyền lợi cho khách hàng trên các cơ sở:

- Yêu cầu của khách hàng;

- Chứng cứ do khách hàng cung cấp;

- Những quy định của pháp luật có liên quan đến yêu cầu của khách hàng.

2. Bổ sung phương án

Diễn biến của vụ án tác động vào phương án đã chuẩn bị vì vậy Luật sư phải cập nhật kịp thời phương án trên cơ sở chứng cứ và diễn biến vụ án.

Suốt quá trình tham gia vụ án, Luật sư cố gắng củng cố cơ sở (chứng cứ, quy định pháp luật liên quan) để đáp ứng yêu cầu của phương án bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho khách hàng. Luật sư cần hết sức quan tâm đến các yêu cầu của đối phương, các lý lẽ và chứng cứ của đối phương. Đồng thời, Luật sư cũng cần quan tâm lắng nghe ý kiến của thẩm phán qua các buổi làm việc như lấy lời khai, đối chất, hòa giải, nhất là trong phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải.

3. Củng cố chứng cứ để bảo vệ phương án

Luật sư cần đánh giá các chứng cứ của khách hàng và của đối phương trên cơ sở các quy định về chứng cứ nói chung, chứng cứ đặc thù đối với vụ án thừa kế như Giấy khai sinh, Giấy chứng tử, Giấy đăng ký kết hôn, giấy tờ về nuôi con nuôi, bằng chứng về quan hệ giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế, di chúc, hình thức di chúc, nội dung di chúc, v.v..

Để phương án bảo vệ quyền lợi hợp pháp của khách hàng được đầy đủ, Luật sư cần chú ý các vấn đề, các chi tiết liên quan đến khối di sản do người chết để lại, xác định tư cách thừa kế của các đương sự trong vụ án, phương thức phân chia di sản thừa kế để đề xuất cụ thể việc phân chia di sản thừa kế bằng hiện vật hay bằng giá trị của phần thừa kế, tỷ lệ phần thừa kế của mỗi người được hưởng trong trường hợp cần phát mãi di sản để phân chia di sản.

X. KỸ NĂNG THAM GIA PHIÊN TÒA VỤ ÁN TRANH CHẤP THỪA KẾ

Khi tham gia phiên tòa, Luật sư cần quan tâm những kỹ năng chung như:

- Chuẩn bị luận cứ bảo vệ quyền lợi hợp pháp (chú ý đến tính chất linh động và sinh động của bản luận cứ);

- Chuẩn bị bảng câu hỏi (chú ý đến tính chất linh động và sinh động của bảng câu hỏi);

- Chuẩn bị đầy đủ hồ sơ vụ án tại phiên tòa;

- Chuẩn bị các văn bản các quy định của pháp luật có liên quan làm căn cứ để phản biện kịp thời trong cuộc tranh luận;

- Chuẩn bị tâm lý hòa nhã, ôn tồn, bình tĩnh nhưng mạnh mẽ, hùng hồn suốt quá trình tham gia phiên tòa, nhất là trong phần tranh luận.

Ngoài ra, Luật sư cần quan tâm nhiều đến các kỹ năng chuyên biệt cho vụ án tranh chấp thừa kế như:

- Đặc biệt quan tâm đến hòa giải tại phiên tòa bằng cách đặt những câu hỏi với các đương sự nhằm nêu bật mối quan hệ huyết thống, cùng cội, cùng nguồn. Làm rõ công sức và tấm lòng, nguyện vọng của người để lại di sản.

- Luật sư cần nêu ra khía cạnh đạo lý, đạo đức xã hội trong các tranh chấp thừa kế để làm bớt căng thẳng về pháp lý giữa các đương sự.

- Luật sư nêu rõ và làm nổi bật tính công bằng nhưng đậm chất truyền thống, đạo lý trong các quy định của pháp luật về thừa kế.

- Nội dung phần hỏi của Luật sư cần làm rõ, xác định rõ người để lại di sản là ai, khối di sản thừa kế bao gồm những tài sản gì, ai đang quản lý, sử dụng, ai có đủ tư cách thừa kế, tổng số bao nhiêu người thừa kế, có thể phân chia bằng hiện vật hay chia theo giá trị hay phải phát mãi để phân chia thừa kế, công sức bảo quản di sản thừa kế, v.v..

- Trong phần tranh luận, Luật sư cần sử dụng kết quả phần hỏi để làm rõ lập luận bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho khách hàng về việc xác định tư cách thừa kế, yêu cầu của khách hàng, cách phân chia, phần di sản được phân chia của khách hàng. Trong phần kết luận của việc tranh luận, Luật sư cần nêu rõ các yêu cầu của khách hàng là phù hợp với quy định của pháp luật về thừa kế, phù hợp với tư cách là người thừa kế của đương sự trong vụ án tranh chấp, đồng thời phù hợp với đạo đức xã hội, truyền thống về thừa kế.

Chương 14
KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG VỤ ÁN TRANH CHẤP ĐẤT ĐAI

I. TÍNH CHẤT, ĐẶC ĐIỂM CỦA VỤ ÁN TRANH CHẤP ĐẤT ĐAI

Trên cơ sở các quy định của Hiến pháp, Luật đất đai và các văn bản pháp luật có liên quan đến đất đai (Bộ luật dân sự, Luật nhà ở, Luật xây dựng, Luật kinh doanh bất động sản, v.v.), vụ án tranh chấp đất đai tuân thủ các nguyên tắc và có những tính chất, đặc điểm sau:

1. Nguyên tắc cơ bản giải quyết các tranh chấp đất đai

- Đất đai là tài nguyên đặc biệt của quốc gia, nguồn lực quan trọng phát triển đất nước, được quản lý theo pháp luật (khoản 1 Điều 54 Hiến pháp năm 2013).

- Pháp luật về đất đai là một chế định pháp lý đặc biệt về quyền sở hữu và quyền sử dụng; về chủ sở hữu và người sử dụng đất.

- Quan hệ về đất đai, giao dịch về đất đai là quan hệ tài sản, là quan hệ kinh tế, là giao dịch tài sản, nhưng không điều chỉnh bằng luật dân sự, luật kinh tế mà điều chỉnh bằng luật chuyên ngành, trừ trường hợp pháp luật về đất đai không có quy định.

- Đất đai là hàng hóa đặc biệt không được lưu thông dễ dàng trong thị trường như hàng hóa thông thường mà phải lưu thông theo sự kiểm soát, sự cho phép của Nhà nước và được thực hiện theo các thủ tục pháp lý trên cơ sở các quy định của pháp luật về đất đai nhằm bảo đảm quyền định đoạt của Nhà nước với tư cách là đại diện của chủ sở hữu toàn dân vì lợi ích chung của toàn xã hội.

- Quan hệ giữa Nhà nước (tư cách là đại diện chủ sở hữu toàn dân đối với đất đai) với người sử dụng đất (tư cách là người được Nhà nước trao quyền sử dụng đất) là quan hệ mệnh lệnh theo đúng quy định của pháp luật có liên quan, không thể có sự thỏa thuận mà phải có sự cho phép của Nhà nước về đất đai.

- Quan hệ giữa các chủ thể sử dụng đất (người có quyền sử dụng đất) là quan hệ bình đẳng trước pháp luật, được thỏa thuận trong phạm vi chế độ sử dụng đất, hạn mức sử dụng đất, thời hạn sử dụng đất, mục đích sử dụng đất, các thủ tục pháp lý phải thực hiện, v.v..

- Vụ án tranh chấp đất đai được xét xử trên cơ sở các quy định về chế độ sở hữu đất đai, chế độ quản lý đất đai và chế độ về quyền sử dụng đất tương ứng với từng thời điểm được xác định cụ thể theo các quy định, các văn bản pháp luật về đất đai.

- Nhà nước (đại diện chủ sở hữu đất/toàn dân) thống nhất quản lý đất đai và trao quyền sử dụng đất cho người sử dụng đất (tổ chức, cá nhân, hộ gia đình, cộng đồng dân cư, cơ sở tôn giáo, v.v.) bằng nhiều phương thức. Vì vậy, trong vụ án tranh chấp đất đai cần chú ý đặc điểm phương thức Nhà nước trao quyền sử dụng đất: Giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất, nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất. Vì mỗi phương thức chịu sự điều chỉnh của những quy định rất khác biệt làm cơ sở để giải quyết tranh chấp đất đai.

Tranh chấp đất đai chiếm tỷ lệ rất lớn trong khiếu nại, tố cáo trong tố tụng dân sự và tố tụng hành chính hiện nay. Ngay cả trong lĩnh vực tranh chấp thừa kế, tranh chấp hôn nhân và gia đình, tỷ lệ liên quan đến tranh chấp đất đai cũng rất lớn. Do đó, kỹ năng của Luật sư trong vụ án tranh chấp thừa kế, tranh chấp hôn nhân và gia đình nhiều khi được sử dụng hỗ trợ trong vụ án tranh chấp đất đai. Tuy nhiên, tranh chấp về đất đai trong vụ án thừa kế, hôn nhân - gia đình có những khác biệt với tranh chấp đất đai theo Luật đất đai như không bắt buộc phải có hòa giải tranh chấp đất đai ở cơ sở (nơi có đất) trước khi khởi kiện tại Tòa án, chia quyền sử dụng đất là tài sản chung của vợ chồng khi ly hôn phải theo quy định của Luật hôn nhân và gia đình, việc phân chia di sản thừa

kế là quyền sử dụng đất phải theo quy định của Luật đất đai và quy định của Bộ luật dân sự về thừa kế.

Nhiều vụ khiếu nại về tranh chấp đất đai dẫn đến khởi kiện hành chính vì liên quan đến quyết định hành chính cá biệt của cơ quan có thẩm quyền về quản lý đất đai nhưng theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 thì khi giải quyết tranh chấp dân sự, Tòa án có quyền hủy quyết định hành chính cá biệt trái pháp luật của cơ quan, tổ chức, người có thẩm quyền xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự trong vụ án mà Tòa án có nhiệm vụ giải quyết. Luật sư cần nắm rõ quy định này (Điều 34 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015) để vận dụng trong vụ án tranh chấp đất đai.

2. Những tranh chấp về đất đai thường phát sinh trong thực tiễn

Quan hệ pháp luật về đất đai rất phức tạp, trải qua nhiều thể chế về đất đai rất khác nhau, với nhiều giấy tờ không thống nhất được cấp ở nhiều thời kỳ lịch sử bao gồm cả những giấy tờ viết tay. Tranh chấp đất đai là tranh chấp phát sinh trong quan hệ giữa chủ sở hữu qua các thời kỳ, giữa chủ sở hữu đất với người sử dụng đất, giữa những người sử dụng đất với nhau. Tranh chấp đất đai thường phát sinh từ quyền và nghĩa vụ trong quá trình quản lý, sử dụng đất, giao dịch về đất đai, v.v..

Trong thực tiễn, tranh chấp về đất đai thường bao gồm:

- Tranh chấp về đất đai trong quan hệ giữa chủ sở hữu đất đai (do Nhà nước làm đại diện) với người sử dụng đất (tổ chức, cá nhân, hộ gia đình, cơ sở tôn giáo, cộng đồng dân cư).

- Tranh chấp về đất đai trong quan hệ giữa những người sử dụng đất (thông thường còn được gọi là chủ sử dụng đất) với nhau.

a) Tranh chấp về đất đai trong quan hệ giữa chủ sở hữu đất đai (Nhà nước đại diện) với người sử dụng đất (tổ chức, cá nhân, hộ gia đình, cơ sở tôn giáo, cộng đồng dân cư):

Loại này bao gồm các tranh chấp:

- Thực hiện các nghĩa vụ tài chính về đất.

- Thực hiện các thủ tục hành chính về đất.

- Cấp, thu hồi Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

- Giao đất, thu hồi đất, trưng dụng đất, bồi thường hỗ trợ tái định cư khi thu hồi đất.

- Giải quyết khiếu nại, tố cáo về đất đai.

- Xử phạt vi phạm hành chính về đất đai.

- Đấu giá quyền sử dụng đất.

- Chế độ phân loại và sử dụng các loại đất.

- Các thủ tục hành chính về đất đai.

b) Tranh chấp về đất đai trong quan hệ giữa những người sử dụng đất với nhau:

Các loại tranh chấp đất đai này bao gồm:

- Tranh chấp đất đai phát sinh từ các quan hệ dân sự, hôn nhân gia đình (thừa kế, ly hôn, v.v.).

- Tranh chấp đất đai phát sinh từ quan hệ giao dịch về chuyển quyền sử dụng đất (chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho, cho thuê, cho thuê lại, v.v.).

- Tranh chấp về lấn chiếm đất, ranh giới đất, cột mốc, hàng rào, xây tường ngăn trên đất.

- Tranh chấp quyền về lối đi qua thửa đất liền kề.

- Tranh chấp về đất đai liên quan đến tiêu nước, tưới nước trong canh tác, cấp, thoát nước, cấp khí gas, đường dây tải điện, thông tin liên lạc và các nhu cầu cần thiết khác.

- Tranh chấp đất đai trong thực hiện các dự án bất động sản nhà ở thương mại, nhà ở xã hội (tranh chấp liên quan đến tài sản hình thành trong tương lai).

- Tranh chấp đất đai trong chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án đầu tư bất động sản có quyền sử dụng đất.

- Tranh chấp đất đai trong các hợp đồng vay tài sản, hợp đồng tín dụng có cầm cố, thế chấp quyền sử dụng đất, có đăng ký giao dịch bảo đảm.

- Tranh chấp đất đai trong quá trình thi hành án đối với bản án dân sự, đối với bản án hành chính và đối với bản án hình sự có liên quan đến đất đai, quyền sử dụng đất, v.v..

- Tranh chấp tiền bồi thường, hỗ trợ, tái định cư trong trường hợp đất bị thu hồi để thực hiện dự án.

- Tranh chấp liên quan đến góp vốn bằng quyền sử dụng đất, giá trị quyền sử dụng đất.

- Tranh chấp liên quan đến bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất, giá trị quyền sử dụng đất.

- Tranh chấp về việc nhận đứng tên dùm quyền sử dụng đất.

- Tranh chấp chấm dứt quyền đối với bất động sản liền kề.

3. Giải quyết tranh chấp đất đai theo thủ tục hành chính và trong tố tụng

a) Giải quyết tranh chấp đất đai theo thủ tục hành chính:

- Giải quyết tranh chấp đất đai thông qua hòa giải cơ sở (Điều 202 Luật đất đai năm 2013):

Với phương thức này, Luật sư cần quan tâm:

+ Phải có đơn yêu cầu hòa giải tranh chấp đất đai.

+ Thành phần hòa giải: Đại diện Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi có đất tranh chấp, đại diện Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, của tổ chức thành viên của Mặt trận, của tổ chức xã hội.

+ Thời hạn tổ chức hòa giải: Không quá 45 ngày kể từ ngày Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nhận được đơn yêu cầu hòa giải tranh chấp đất đai.

+ Việc hòa giải phải được lập thành biên bản có chữ ký của các bên và có xác nhận hòa giải thành hoặc hòa giải không thành của Ủy ban nhân dân cấp xã. Biên bản hòa giải được gửi đến các bên tranh chấp, lưu tại Ủy ban nhân dân cấp xã nơi có đất tranh chấp.

Đối với trường hợp hòa giải thành mà có thay đổi hiện trạng về ranh giới, người sử dụng đất thì Ủy ban nhân dân cấp xã gửi biên bản

hòa giải đến Phòng Tài nguyên và Môi trường đối với trường hợp tranh chấp đất đai giữa hộ gia đình, cá nhân, cộng đồng dân cư với nhau; gửi đến Sở Tài nguyên và Môi trường đối với các trường hợp khác.

- Giải quyết tranh chấp đất đai trong trường hợp hòa giải ở cơ sở không thành (Điều 203 Luật đất đai năm 2013):

Với phương thức này, Luật sư cần quan tâm:

+ Trường hợp có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, hoặc có một trong các giấy tờ quy định tại Điều 100 Luật đất đai năm 2013, hoặc có tranh chấp tài sản gắn liền với đất thì do Tòa án giải quyết.

+ Trường hợp không có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất hoặc không có một trong các giấy tờ quy định tại Điều 100 Luật đất đai năm 2013 thì đương sự chỉ được lựa chọn một trong hai cách giải quyết như sau:

Thứ nhất: Nộp đơn khởi kiện tại tòa án có thẩm quyền (nơi có đất tranh chấp) theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự hiện hành.

Thứ hai: Nộp đơn yêu cầu giải quyết tranh chấp tại Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền theo quy định, như sau:

Trường hợp tranh chấp cá nhân, hộ gia đình, cộng đồng dân cư với nhau thì yêu cầu Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện nơi có đất tranh chấp giải quyết. Nếu không đồng ý với quyết định giải quyết của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện thì có quyền: Khiếu nại đến Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, hoặc khởi kiện tại Tòa án theo quy định của Luật tố tụng hành chính hiện hành.

Trường hợp tranh chấp mà một bên tranh chấp là tổ chức, cơ sở tôn giáo, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh giải quyết. Nếu không đồng ý với quyết định giải quyết của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh thì: Khiếu nại đến Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường, hoặc khởi kiện tại tòa án theo quy định của Luật tố tụng hành chính. Người có thẩm quyền giải quyết tranh chấp đất đai phải ra quyết định giải quyết tranh chấp. Quyết định giải quyết tranh chấp có hiệu lực thi hành phải được

các bên tranh chấp nghiêm chỉnh chấp hành. Trường hợp các bên không chấp hành sẽ bị cưỡng chế thi hành.

- Giải quyết khiếu nại về đất đai:

+ Người sử dụng đất, người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan đến sử dụng đất có quyền khiếu nại quyết định hành chính hoặc hành vi hành chính về quản lý đất đai.

+ Trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại quyết định hành chính, hành vi hành chính về đất đai thực hiện theo quy định của pháp luật về khiếu nại. Trình tự, thủ tục giải quyết khiếu kiện quyết định hành chính, hành vi hành chính về đất đai thực hiện theo quy định của pháp luật về tố tụng hành chính.

Trong các trường hợp này, Luật sư phải nắm rõ và thực hiện theo đúng Luật khiếu nại năm 2011, Luật tố tụng hành chính năm 2015.

- Giải quyết tố cáo về đất đai:

+ Cá nhân có quyền tố cáo vi phạm pháp luật về quản lý và sử dụng đất đai.

+ Việc giải quyết tố cáo vi phạm pháp luật về quản lý và sử dụng đất đai thực hiện theo quy định của pháp luật về tố cáo.

Trong trường hợp này, Luật sư phải nắm rõ và thực hiện theo đúng Luật tố cáo năm 2011.

b) Giải quyết tranh chấp đất đai trong tố tụng:

- Giải quyết tranh chấp đất đai trong tố tụng hành chính:

Về giải quyết tranh chấp đất đai trong tố tụng hành chính, Luật sư cần quan tâm các vấn đề như sau:

Thứ nhất, quyền khởi kiện vụ án hành chính về đất đai (Điều 115 Luật tố tụng hành chính năm 2015).

Cá nhân, tổ chức có quyền khởi kiện vụ án đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính trong trường hợp không đồng ý với quyết định, hành vi đó hoặc đã khiếu nại với người có thẩm quyền giải quyết, nhưng hết thời hạn giải quyết theo quy định của pháp luật mà khiếu nại

không được giải quyết hoặc đã được giải quyết nhưng không đồng ý với việc giải quyết khiếu nại về quyết định, hành vi đó.

Theo khoản 1 Điều 3 Luật tố tụng hành chính năm 2015, quyết định hành chính là văn bản do cơ quan hành chính nhà nước, cơ quan, tổ chức được giao thực hiện quản lý hành chính nhà nước ban hành hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan, tổ chức đó ban hành quyết định về vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể.

Theo khoản 2 Điều 3 Luật tố tụng hành chính năm 2015, quyết định hành chính bị kiện là quyết định quy định tại khoản 1 Điều 3 Luật tố tụng hành chính năm 2015 đã phát sinh, thay đổi, hạn chế, chấm dứt quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân hoặc có nội dung làm phát sinh nghĩa vụ, ảnh hưởng đến quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân.

Theo khoản 3 Điều 3 Luật tố tụng hành chính năm 2015, hành vi hành chính là hành vi của cơ quan hành chính nhà nước hoặc của người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước hoặc cơ quan, tổ chức được giao thực hiện quản lý hành chính nhà nước thực hiện hoặc không thực hiện nhiệm vụ, công vụ theo quy định của pháp luật.

Theo khoản 4 Điều 3 Luật tố tụng hành chính năm 2015, Hành vi hành chính bị kiện là hành vi quy định tại khoản 3 Điều 3 Luật tố tụng hành chính năm 2015 làm ảnh hưởng đến việc thực hiện quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân.

Như vậy, trong vụ án hành chính về đất đai, quyết định hành chính, hành vi hành chính bị kiện phải là quyết định hành chính, hành vi hành chính liên quan đến các quy định của Luật đất đai năm 2013. Cụ thể bao gồm:

+ Việc lập, điều chỉnh, công bố, thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất.

+ Việc giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất.

+ Việc thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ và tái định cư.

+ Việc đăng ký đất đai, tài sản gắn liền với đất, cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất.

+ Việc thu, miễn, giảm tiền sử dụng đất, tiền thuê đất, thuế liên quan đến đất đai; định giá đất.

+ Việc thực hiện các thủ tục hành chính liên quan đến quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất.

Thời hiệu khởi kiện vụ án hành chính: Thời hiệu khởi kiện vụ án hành chính và đất đai là 01 (một) năm kể từ ngày nhận được hoặc biết được quyết định hành chính, hành vi hành chính về đất đai.

Trường hợp đương sự khiếu nại theo đúng quy định của pháp luật đến cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại thì thời hiệu khởi kiện được quy định như sau:

+ Một năm kể từ ngày nhận được hoặc biết được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu hoặc quyết định giải quyết khiếu nại lần hai.

+ Một năm kể từ ngày hết thời hạn giải quyết khiếu nại theo quy định của pháp luật mà cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền không giải quyết và không có văn bản trả lời cho người khiếu nại.

Thứ hai, nội dung đơn khởi kiện, tài liệu, chứng cứ kèm theo Điều 118 Luật tố tụng hành chính năm 2015.

Thứ ba, người khởi kiện gửi đơn khởi kiện và tài liệu, chứng cứ kèm theo đến Tòa án có thẩm quyền giải quyết vụ án bằng một trong các phương thức sau đây: Nộp trực tiếp tại Tòa án hoặc gửi qua dịch vụ bưu chính.

Thứ tư, đương sự trong vụ án hành chính về đất đai bao gồm: Người khởi kiện, người bị kiện, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

Người khởi kiện, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trong vụ án hành chính có thể đồng thời yêu cầu bồi thường thiệt hại do quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định giải quyết khiếu nại gây ra nhưng phải cung cấp tài liệu, chứng cứ để chứng minh đối với yêu cầu bồi thường thiệt hại. Tòa án sẽ căn cứ quy định của Bộ luật tố tụng dân sự và các quy định của pháp luật hiện hành về trách nhiệm

bồi thường của Nhà nước để giải quyết yêu cầu bồi thường thiệt hại. Trong trường hợp chưa có đủ điều kiện chứng minh thiệt hại thì Tòa án có thể tách yêu cầu bồi thường thiệt hại để giải quyết sau bằng một vụ án dân sự khác.

Thứ năm, việc thi hành bản án hành chính về đất đai đã có hiệu lực pháp luật như sau (Điều 311, Điều 312 Luật tố tụng hành chính năm 2015):

+ Người phải thi hành án phải thi hành bản án trong thời hạn tự nguyện 30 ngày kể từ ngày nhận bản án của Tòa án.

+ Quá thời hạn tự nguyện thi hành án nếu người phải thi hành án không thi hành thì người được thi hành án có quyền gửi đơn đến Tòa án đã xét xử sơ thẩm ra quyết định buộc thi hành bản án. Cụ thể như sau:

Trong thời hạn 01 năm kể từ ngày hết thời hạn 30 ngày tự nguyện thi hành án kể từ ngày nhận được bản án mà người phải thi hành án không tự nguyện thi hành án thì người được thi hành án có quyền gửi đơn kèm theo bản sao bản án, quyết định của Tòa án, tài liệu khác có liên quan đề nghị Tòa án đã xét xử sơ thẩm ra quyết định buộc thi hành bản án, quyết định của Tòa án.

Trường hợp người yêu cầu thi hành án chứng minh được do trở ngại khách quan hoặc do sự kiện bất khả kháng mà không thể yêu cầu thi hành án đúng thời hạn thì thời gian có trở ngại khách quan hoặc sự kiện bất khả kháng không tính vào thời hạn yêu cầu thi hành án.

Trong thời hạn 05 ngày làm việc kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu của người được thi hành án, Tòa án đã xét xử sơ thẩm phải ra quyết định buộc thi hành án hành chính. Quyết định buộc thi hành án phải được gửi cho người phải thi hành án, người được thi hành án, thủ trưởng cơ quan cấp trên trực tiếp của người phải thi hành án và Viện kiểm sát cùng cấp. Thủ trưởng cơ quan cấp trên trực tiếp của người phải thi hành án có trách nhiệm kiểm tra, đôn đốc và xử lý trách nhiệm của người phải thi hành án theo quy định của pháp luật. Quyết định buộc thi hành án cũng phải gửi cho cơ quan thi hành án dân sự nơi Tòa án đã xét xử sơ thẩm để theo dõi việc thi hành án hành chính theo quyết định của Tòa án.

- Giải quyết tranh chấp đất đai trong tố tụng dân sự:

Về giải quyết tranh chấp đất đai trong tố tụng dân sự, Luật sư cần quan tâm các vấn đề như sau:

Thứ nhất, trừ trường hợp tranh chấp đất đai trong vụ án tranh chấp thừa kế, tranh chấp tài sản của vợ chồng trong vụ án ly hôn, hay tranh chấp tài sản vợ chồng sau khi ly hôn, các tranh chấp đất đai theo Luật đất đai phải được hòa giải ở cơ sở, tại Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi có đất tranh chấp trước khi khởi kiện. Vì vậy, hồ sơ khởi kiện vụ án tranh chấp đất đai phải kèm theo biên bản hòa giải không thành ở cơ sở (Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi có đất tranh chấp).

Thứ hai, thành phần tham gia hòa giải tranh chấp đất đai ở cơ sở do Chủ tịch Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn tổ chức,phải có đầy đủ thành phần tham dự như đại diện Ủy ban nhân dân, đại diện Mặt trận Tổ quốc, thành viên của Mặt trận Tổ quốc, của tổ chức xã hội, v.v., nếu không đủ thành phần tham gia hòa giải tranh chấp đất đai, Tòa án sẽ yêu cầu hòa giải lại với đầy đủ thành phần.

Thứ ba, tranh chấp đất đai phải nêu rõ đặc điểm của thửa đất tranh chấp, số thửa, số tờ bản đồ, diện tích, địa chỉ nơi có đất tranh chấp, v.v.. Nếu thửa đất tranh chấp có số thửa, số tờ bản đồ khác nhau qua các thời kỳ đăng ký, thống kê đất đai của Nhà nước, kể cả trường hợp của chế độ cũ, thì cũng phải nêu rõ để không gặp phức tạp, khó khăn khi Tòa án giải quyết và khi thi hành án.

Thứ tư, diện tích thửa đất, phần đất tranh chấp phải được nêu rõ trong biên bản hòa giải vì nếu khi hòa giải diện tích nhỏ, khi Tòa án thụ lý diện tích lớn hơn thì thẩm phán có thể yêu cầu hòa giải phần diện tích chênh lệch. Hơn nữa khi khởi kiện, nếu tranh chấp diện tích thửa đất nhỏ hơn khi đo đạc thực tế trong quá trình Tòa án thụ lý thì Tòa án có quyền yêu cầu nộp bổ sung tiền tạm ứng án phí đối với phần diện tích đất chênh lệch.

Theo Điều 122, Điều 123 Luật đất đai năm 2014: Tổ chức, cá nhân có nhu cầu về thông tin, dữ liệu đất đai được khai thác, sử dụng qua Cổng thông tin đất đai ở Trung ương, địa phương, có quyền yêu cầu

cơ quan quản lý đất đai thực hiện các dịch vụ cổng điện tử về đất đai bao gồm đăng ký đất đai, đăng ký tài sản gắn liền với đất cung cấp thông tin, dữ liệu về đất đai, v.v.. Vì vậy, Luật sư cần hỗ trợ khách hàng về vấn đề này để có đủ cơ sở làm hồ sơ tranh chấp, khởi kiện về đất đai cho tòa án xem xét.

Theo khoản 1 Điều 203 Luật đất đai năm 2013: Tranh chấp đất đai mà đương sự có Giấy chứng nhận hoặc có một trong các loại giấy tờ quy định tại Điều 100 của Luật đất đai năm 2013 và tranh chấp về tài sản gắn liền với đất đều do Tòa án giải quyết.

Theo khoản 1 Điều 100 Luật đất đai năm 2013, các giấy tờ về quyền sử dụng đất bao gồm:

+ Những giấy tờ về quyền được sử dụng đất trước ngày 15 tháng 10 năm 1993 do cơ quan có thẩm quyền cấp trong quá trình thực hiện chính sách đất đai của Nhà nước Việt Nam dân chủ Cộng hòa, Chính phủ Cách mạng lâm thời Cộng hòa miền Nam Việt Nam và Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam;

+ Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất tạm thời được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp hoặc có tên trong Sổ đăng ký ruộng đất, Sổ địa chính trước ngày 15 tháng 10 năm 1993;

+ Giấy tờ hợp pháp về thừa kế, tặng cho quyền sử dụng đất hoặc tài sản gắn liền với đất; giấy tờ giao nhà tình nghĩa, nhà tình thương gắn liền với đất;

+ Giấy tờ chuyển nhượng quyền sử dụng đất, mua bán nhà ở gắn liền với đất ở trước ngày 15 tháng 10 năm 1993 được Ủy ban nhân dân cấp xã xác nhận là đã sử dụng trước ngày 15 tháng 10 năm 1993;

+ Giấy tờ thanh lý, hóa giá nhà ở gắn liền với đất ở; giấy tờ mua nhà ở thuộc sở hữu nhà nước theo quy định của pháp luật;

+ Giấy tờ về quyền sử dụng đất do cơ quan có thẩm quyền thuộc chế độ cũ cấp cho người sử dụng đất;

+ Các loại giấy tờ khác được xác lập trước ngày 15 tháng 10 năm 1993 theo quy định của Chính phủ.

Giấy tờ về đất đai có rất nhiều loại, trải qua nhiều thời kỳ lịch sử. Vì vậy, Luật sư cần biết rõ, theo pháp luật hiện hành về đất đai, giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất (màu hồng) là chứng thư pháp lý để Nhà nước xác nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở, tài sản khác gắn liền với đất hợp pháp của người có quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và quyền sở hữu tài sản khác gắn liền với đất.

Do đó, Luật sư cần quan tâm:

+ Các giấy tờ về quyền sử dụng đất trước ngày 15-10-1993 phải được cơ quan có thẩm quyền của nhà nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa, Chính phủ Cách mạng lâm thời Cộng hòa miền Nam Việt Nam, Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam cấp.

+ Các giấy tờ về quyền sử dụng đất do cơ quan có thẩm quyền thuộc chế độ cũ cấp cho người sử dụng đất.

Để hiểu rõ các loại giấy tờ trên, Luật sư trước hết phải có sự hiểu biết về việc đăng ký đất đai ở Việt Nam qua các thời kỳ lịch sử.

4. Giấy tờ đất đai qua các thời kỳ

a) Giấy tờ đất đai dưới chế độ Việt Nam Dân chủ Cộng hòa và Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam qua các thời kỳ:

- *Thời kỳ từ sau Cách mạng Tháng Tám năm 1945 đến năm 1980:*

Trong thời kỳ này, giấy tờ đất đai chủ yếu liên quan đến cuộc cải cách ruộng đất từ năm 1957, Nhà nước tịch thu đất của địa chủ chia cho dân nghèo. Tiếp theo đó là giấy tờ đất đai liên quan đến phong trào hợp tác hóa sản xuất nông nghiệp từ đầu những năm 1960 cho đến năm 1979 (Hợp tác xã và tập đoàn sản xuất).

Thời kỳ này, theo Hiến pháp năm 1946 và Hiến pháp năm 1959, có 03 hình thức sở hữu đất đai, bao gồm: Sở hữu cá nhân, sở hữu tập thể và sở hữu toàn dân (Điều thứ 12 Hiến pháp năm 1946; Điều 12, Điều 13, Điều 14, Điều 15, Điều 16 Hiến pháp năm 1959).

Giấy tờ đất đai được thể hiện qua sổ mục kê kiểm thống kê ruộng đất và bản đồ giải thửa. Tên người sử dụng đất trên sổ sách chỉ phản

ánh theo hiện trạng, không căn cứ trên cơ sở pháp lý và lịch sử sử dụng đất.

- Thời kỳ từ ngày 18-12-1980 (ngày Quốc hội thông qua Hiến pháp năm 1980) đến năm 1987:

Thời kỳ này đánh dấu bước ngoặt về đất đai được quy định tại Điều 19 và Điều 20 Hiến pháp năm 1980, theo đó, đất đai thuộc sở hữu toàn dân, do Nhà nước thống nhất quản lý, tổ chức, cá nhân đang sử dụng đất được tiếp tục sử dụng đất và được hưởng thành quả lao động trên đất.

Thời kỳ này việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất chưa được thực hiện.

Việc đăng ký đất đai được Nhà nước quan tâm và tổ chức thực hiện theo Quyết định số 201/CP ngày 01-7-1980 của Hội đồng Chính phủ về việc thống nhất quản lý ruộng đất và tăng cường công tác quản lý ruộng đất trong cả nước, theo Chỉ thị số 299/TTg ngày 10-11-1980 của Thủ tướng Chính phủ về công tác đo đạc, phân hạng và đăng ký ruộng đất trong cả nước và theo Quyết định số 56/ĐKTK ngày 05-11-1981 của Tổng cục Quản lý ruộng đất quy định về thủ tục đăng ký thống kê ruộng đất trong cả nước.

Chỉ thị số 299/TTg nói trên được triển khai thực hiện trên cả nước từ năm 1981 đến cuối năm 1988, các giấy tờ về đất đai thời điểm này hầu hết để cho dân tự khai.

b) Giấy tờ về quyền sử dụng đất do cơ quan có thẩm quyền thuộc chế độ cũ cấp cho người sử dụng đất:

Giấy tờ đất đai của chế độ cũ cấp có rất nhiều loại. Nói chung, đây là các loại giấy tờ về đất đai trước Cách mạng tháng Tám năm 1945. Hiện nay, trong các vụ án tranh chấp về đất đai còn tồn tại các loại giấy tờ như sau:

- Giấy tờ đất đai theo sổ địa bạ lập vào thời Gia Long (năm 1806) còn lưu giữ tại một số nơi ở các tỉnh phía Bắc, các tỉnh miền Trung, ghi rõ đất công hay đất tư, nếu đất tư thì ghi đất của ai, diện tích, tứ cận.

- Giấy tờ đất đai theo sổ điền bộ, địa bộ thời Minh Mạng (năm 1936) thành lập tại các tỉnh ở phía Nam.

- Giấy tờ đất đai thời Pháp thuộc trải qua các chế độ về đất đai bao gồm chế độ điền thổ và tân điền thổ (năm 1925) tại Nam Kỳ, chế độ quản thủ địa chánh tại Trung Kỳ, chế độ điền thổ quản thủ địa chính tại Bắc kỳ thể hiện qua các trích lục trích sao địa bộ, địa chính, kèm theo bản đồ, biên bản phân ranh do các ty địa chính, sở địa chính cấp.

- Giấy tờ đất đai ở các tỉnh phía Nam thời Việt Nam Cộng hòa được cấp theo chế độ tân điền thổ theo Sắc lệnh điền thổ năm 1925, chế độ quản thủ địa bộ, quản thủ địa chính gọi chung là chế độ quản thủ điền địa. Ngoài ra, còn có các giấy tờ liên quan đến Luật người cày có ruộng năm 1970, quy định về truất hữu ruộng đất.

Các giấy tờ đất đai thời kỳ này bao gồm Bằng khoán điền thổ, Trích lục địa bổ, Trích lục điền bộ, giấy tờ về đất đai cấp cho nông dân theo Luật người cày có ruộng. Nhìn chung, các sổ bộ, tài liệu về đất đai của cơ quan có thẩm quyền của chế độ cũ chia làm 02 nhóm: Nhóm lập theo thứ tự thửa đất và nhóm lập theo thứ tự tên người sử dụng đất.

5. Kỹ năng hành nghề luật sư trong tham gia giải quyết tranh chấp đất đai, tư vấn trong lĩnh vực đất đai

a) Tiếp nhận, tìm hiểu, đánh giá yêu cầu của khách hàng:

Đây là kỹ năng giao tiếp với khách hàng trong suốt quá trình tư vấn và bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho khách hàng. Đối với khách hàng trong vụ việc tranh chấp đất đai, ngoài kỹ năng chung và cơ bản là “lắng nghe và thấu hiểu”, Luật sư cần có kỹ năng chuyên biệt thể hiện trong việc nhìn, đọc tài liệu của khách hàng để xác định, nhận dạng ban đầu cơ sở pháp lý cho vụ việc của khách hàng. Cụ thể:

- Nghe khách hàng kể câu chuyện và nói rõ yêu cầu. Nếu khách hàng đã có những đơn cứu xét, đơn khiếu nại thì tìm hiểu rõ hơn về tranh chấp và yêu cầu của khách hàng. Trường hợp đã có những giải quyết, thông báo hoặc hướng dẫn thì càng thuận lợi hơn.

- Để đạt được kết quả ban đầu nêu trên, về tranh chấp đất đai, Luật sư phải biết rất rõ "dáng dấp", "mẫu mã" của các giấy tờ về đất đai trải qua các thời kỳ lịch sử.

- Từ các tài liệu do khách hàng cung cấp, trên cơ sở các quy định của pháp luật đất đai có liên quan, Luật sư có thể đánh giá được mức độ thuận lợi, bất lợi, thành công, kết quả và không kết quả đối với yêu cầu của khách hàng. Kinh nghiệm trong giải quyết các vụ án về tranh chấp đất đai cho thấy, các đương sự khác cũng có thể sẽ có thế mạnh về pháp lý trên cơ sở các tài liệu, chứng cứ. Ngoài ra, vì đất đai thuộc quyền quản lý của Nhà nước, thuộc quyền định đoạt của Nhà nước nên hồ sơ lưu trữ, thông tin từ cơ quan quản lý đất đai là rất quan trọng và tác động lớn đến quyết định của Tòa án.

- Trong quá trình giải quyết tranh chấp đất đai thường xảy ra nhiều bất ngờ và có những chuyển biến rất lớn so với ban đầu. Vì vậy, Luật sư trong vụ án tranh chấp đất đai phải cẩn trọng trong từng bước phát triển của vụ án, đặc biệt quan tâm đến các văn bản của cơ quan thẩm quyền trả lời các câu hỏi của Tòa án, nhất là xác minh về quá trình sử dụng đất, quá trình đăng ký đất đai, hồ sơ đăng ký đất đai do cơ quan có thẩm quyền cung cấp cho Tòa án, v.v.. Luật sư cần quan tâm đến việc hướng dẫn, hỗ trợ khách hàng thu thập chứng cứ, đồng thời thực hiện quyền thu thập chứng cứ hoặc giúp khách hàng làm đơn yêu cầu Tòa án thu thập chứng cứ.

b) Xác định quan hệ tranh chấp, những vấn đề cần chứng minh, thu thập, kiểm tra, sử dụng, đánh giá chứng cứ, tìm luật áp dụng và định hướng giải quyết:

Xác định quan hệ tranh chấp đất đai, phạm vi tranh chấp đất đai là vấn đề cực kỳ quan trọng vì chỉ khi xác định đúng quan hệ tranh chấp Luật sư mới xác định đúng vấn đề cần chứng minh, thu thập chứng cứ, tìm và xác định luật áp dụng, đưa ra phương án và định hướng giải quyết.

Thực tế cho thấy, Luật sư am hiểu pháp luật về đất đai sẽ dễ dàng xác định quan hệ tranh chấp vì pháp luật là khung pháp lý, là hành lang pháp lý của tranh chấp, định hình cho quan hệ tranh chấp.

Hiểu biết về tính chất và đặc điểm của vụ án tranh chấp đất đai là điều kiện cần và tạo thuận lợi cho việc xác định quan hệ tranh chấp.

Hiện nay, Tòa án nhân dân tối cao đã có một số án lệ về tranh chấp đất đai. Do đó, trên cơ sở các án lệ, Luật sư sẽ có định hướng áp dụng pháp luật về án lệ để giải quyết tranh chấp (Án lệ số 02, 03 và 04 được Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân Tối cao thông qua ngày 06-4-2016).

Chứng cứ của tranh chấp đất đai phải là chứng cứ bằng văn bản, chứng cứ về đăng ký quyền sử dụng đất, chứng cứ về giao dịch chuyển quyền sử dụng đất, v.v.. Vì vậy, trong vụ án tranh chấp đất đai, lời khai người làm chứng (nhân chứng) có giá trị rất thấp so với chứng cứ viết (bút chứng).

Đối với luật áp dụng, Luật sư cần biết rằng, pháp luật áp dụng đối với tranh chấp đất đai rất nhiều và thay đổi qua từng thời kỳ. Vì vậy, Luật sư cần am hiểu sự phát triển của pháp luật đất đai, lịch sử của pháp luật đất đai. Đôi khi, Luật sư phải dẫn chiếu những quy định của pháp luật về đất đai của các thời kỳ xa xưa vì trong lĩnh vực tranh chấp đất đai, các tài liệu được lưu giữ qua nhiều thế hệ trong gia tộc của khách hàng, trải qua nhiều chế độ. Đó là các tài liệu chứng cứ liên quan đến:

- Sổ địa bộ thời Gia Long

- Sổ địa bộ, điền bộ thời Minh Mạng

- Sổ địa bộ của chế độ điền thổ tại Nam Kỳ, chế độ quản thủ địa chánh tại Trung Kỳ, chế độ điền thổ và quản thủ địa chính tại Bắc Kỳ.

- Chế độ điền thổ và chế độ tân điền thổ theo Sắc lệnh điền thổ năm 1925.

- Cải cách ruộng đất năm 1957.

- Phong trào hợp tác hóa từ năm 1960.

- Chỉ thị số 299/TTg ngày 10-11-1980 của Thủ tướng Chính phủ về công tác đo đạc, phân hạng và đăng ký ruộng đất trong cả nước.

- Quyết định số 201/CP ngày 01-7-1980 của Hội đồng Chính phủ về việc thống nhất quản lý ruộng đất và tăng cường công tác quản lý ruộng đất trong cả nước.

- Luật đất đai các năm 1987, 1993 sửa đổi, bổ sung năm 1998, 2001, 2003 sửa đổi, bổ sung năm 2009 và 2013.

c) Kỹ năng đại diện, tham gia các cuộc họp giải quyết tranh chấp đất đai với cơ quan chức năng có thẩm quyền:

Theo điểm b khoản 1 Điều 12 Luật khiếu nại năm 2011 (sửa đổi năm 2013), người khiếu nại có quyền nhờ Luật sư tư vấn về pháp luật hoặc ủy quyền cho Luật sư khiếu nại để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Theo điểm a và b khoản 1 Điều 16 Luật khiếu nại năm 2011 (sửa đổi năm 2013), Luật sư có quyền tham gia vào quá trình giải quyết khiếu nại theo đề nghị của người khiếu nại, thực hiện các quyền và nghĩa vụ của người khiếu nại khi được ủy quyền.

Theo quy định tại Điều 7 Luật tiếp công dân năm 2013, khi đến nơi tiếp công dân, người khởi kiện có các quyền được quy định trong Luật tiếp công dân năm 2013 và Luật khiếu nại năm 2011 (sửa đổi năm 2013).

Vì vậy, trên cơ sở quy định của Luật khiếu nại năm 2011 (sửa đổi năm 2013) và Luật tiếp công dân năm 2013, có thể thấy:

- Trường hợp được ủy quyền, Luật sư được đại diện cho người khiếu nại tranh chấp đất đai tham dự các cuộc họp giải quyết tranh chấp đất đai với các cơ quan chức năng có thẩm quyền.

- Trong trường hợp người khiếu nại tranh chấp đất đai có yêu cầu, Luật sư tham gia các cuộc họp giải quyết tranh chấp đất đai với cơ quan chức năng có thẩm quyền.

- Để thực hiện được 02 công việc trên khi tham gia cuộc họp giải quyết tranh chấp đất đai, Luật sư cần xuất trình:

+ Yêu cầu bằng văn bản của người khiếu nại tranh chấp đất đai gửi đến tổ chức hành nghề Luật sư hoặc hợp đồng ủy quyền cho Luật sư được lập tại Phòng công chứng hay Văn phòng công chứng;

+ Quyết định phân công của tổ chức hành nghề Luật sư;

+ Thẻ Luật sư (thực tế cần xuất trình Thẻ Luật sư, Chứng chỉ hành nghề Luật sư).

- Khi tham gia cuộc họp, Luật sư được tư vấn cho khách hàng, được phát biểu ý kiến nhưng phải được sự đồng ý của người chủ trì cuộc họp.

- Trường hợp là người đại diện theo ủy quyền, Luật sư cần yêu cầu khách hàng ghi rõ yêu cầu và các phương án hòa giải, đối thoại. Dù đã được ủy quyền, nhưng việc yêu cầu đương sự cùng tham dự trong cuộc họp giải quyết với Luật sư thì sẽ tốt hơn, thuận lợi hơn và giảm bớt trách nhiệm cho Luật sư.

- Trong mọi trường hợp, Luật sư đều phải nghiên cứu rất kỹ hồ sơ do khách hàng cung cấp, nắm rõ các quy định của pháp luật có liên quan. Luật sư nên mang theo hồ sơ và các văn bản pháp luật khi tham dự cuộc họp.

- Luật sư phải chuẩn bị kỹ cho khách hàng và bản thân trước khi tham dự cuộc họp. Sự chuẩn bị này cần thiết như chuẩn bị tham dự phiên tòa.

- Thực tế có một số cơ quan có thẩm quyền không chấp nhận cho Luật sư tham dự cuộc họp nếu không có ủy quyền. Vì vậy, trong trường hợp bị từ chối, không được tham dự cuộc họp với tư cách Luật sư tư vấn, bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho khách hàng, thì Luật sư phải cố gắng thuyết phục. Nếu không được, Luật sư ngồi bên ngoài để khách hàng có thể hỏi ý kiến pháp lý khi cần thiết và để khách hàng yên tâm hơn khi không có Luật sư tham dự cuộc họp.

6. Một số kỹ năng tư vấn, soạn thảo văn bản khiếu nại Luật sư cần lưu ý để hỗ trợ trong vụ án tranh chấp đất đai

a) Kỹ năng chung:

- Hợp đồng dịch vụ pháp lý ký kết với khách hàng cần phải nêu rõ yêu cầu cụ thể của khách hàng và công việc tổ chức hành nghề Luật sư phải thực hiện.

- Văn bản tư vấn hay văn bản (đơn) khiếu nại của khách hàng đều phải được soạn trên cơ sở nghiên cứu các tài liệu do khách hàng cung cấp và các quy định của pháp luật đất đai có liên quan. Vì vậy, hợp đồng dịch vụ pháp lý phải xác định rõ nghĩa vụ của khách hàng là bảo đảm cung cấp trung thực, chính xác các tài liệu, các thông tin.

Tổ chức hành nghề luật sư và Luật sư bảo đảm cung cấp cho khách hàng văn bản tư vấn, văn bản (đơn) khiếu nại phù hợp với quy định của pháp luật.

b) Kỹ năng soạn thảo văn bản tư vấn về tranh chấp đất đai:

- Việc cung cấp văn bản tư vấn cho khách hàng về tranh chấp đất đai cần phải nêu trong văn bản yêu cầu của khách hàng, các tài liệu do khách hàng cung cấp, các quy định, các văn bản pháp luật đất đai có liên quan đến yêu cầu của khách hàng.

- Văn bản tư vấn cần xác định rõ quan hệ tranh chấp, các quy định của pháp luật điều chỉnh quan hệ tranh chấp.

- Văn bản tư vấn cần đưa ra phương hướng và phương thức giải quyết tranh chấp. Nên đưa ra một số phương án và có nêu lên điểm mạnh điểm yếu, kết quả pháp lý của mỗi phương án.

- Văn bản tư vấn cần đưa ra phương án hòa giải giữa khách hàng với bên tranh chấp, phân tích những hữu ích nếu thực hiện hòa giải. Luật sư có thể đưa ra nhiều phương thức hòa giải để khách hàng quyết định.

- Trong văn bản tư vấn, Luật sư không được đề nghị khách hàng chọn phương thức, phương án giải quyết nào. Vì tư vấn là hoạt động nhằm hỗ trợ cho khách hàng tự quyết định. Vì vậy, văn bản tư vấn nên và cần kết thúc bằng thuật ngữ "Trên đây là một số ý kiến pháp lý của chúng tôi đối với yêu cầu của Quý khách hàng để Quý khách hàng tham khảo".

- Để soạn một văn bản tư vấn cần thực hiện theo công thức chung là 4 chữ T:

Tương tác giữa Luật sư và khách hàng. Do đó cần có thời gian lắng nghe để khách hàng trình bày đầy đủ về yêu cầu, về sự việc.

Thấu hiểu công việc, mong ước, yêu cầu của khách hàng với cái tâm và với tầm hiểu biết, trí tuệ và sự thông minh của Luật sư.

Tư vấn để hỗ trợ khách hàng, giúp khách hàng mạnh mẽ hơn, tự tin hơn trong quá trình giải quyết tranh chấp tại cơ quan có thẩm quyền hay tại Tòa án.

Tư vấn đề ra phương thức, phương án để khách hàng tự quyết định trên cơ sở nắm rõ lời tư vấn của Luật sư, chọn phương thức có lợi và hợp lý.

c) Kỹ năng soạn thảo văn bản (đơn) khiếu nại của khách hàng:

- Khiếu nại của khách hàng phải đảm bảo sự chính xác và đầy đủ về nội dung sự việc, yêu cầu của khách hàng.

- Đơn khiếu nại phải xác định rõ quan hệ tranh chấp, lý do vì sao phát sinh tranh chấp, nêu rõ tài liệu chứng minh cho yêu cầu của khách hàng là hoàn toàn có cơ sở, các quy định của pháp luật làm cơ sở bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng.

- Để thuyết phục hơn, trong đơn khiếu nại cần nêu rõ quá trình của sự việc, chủ trương hòa giải, đối thoại và thiện chí của khách hàng. Đồng thời, nêu rõ hoàn cảnh khó khăn của khách hàng từ khi phát sinh tranh chấp cho đến thời điểm khiếu nại.

- Phần kết luận của đơn khiếu nại, Luật sư nêu rõ từng yêu cầu của khách hàng theo một thứ tự hợp lý.

- Đơn khiếu nại cần nêu rõ kèm các tài liệu, chứng cứ chứng minh quyền, lợi ích hợp pháp của người khiếu nại bị xâm phạm.

- Cuối cùng, đơn khiếu nại cần phải và nên có lời cam đoan về sự trung thực, chính xác của nội dung đơn. Để xác định rõ trách nhiệm của khách hàng đối với nội dung đơn khiếu nại, cần ghi rõ khách hàng đã đọc lại toàn bộ nội dung đơn khiếu nại và đồng ý ký tên vào từng trang của đơn khiếu nại. Trường hợp khách hàng là người không biết chữ, người khuyết tật thì phải có người làm chứng đọc cho người khiếu nại toàn bộ nội dung đơn khiếu nại, chứng kiến người khiếu nại điểm chỉ vào đơn khiếu nại, người làm chứng phải được ghi rõ họ tên, căn cước, địa chỉ trong đơn khiếu nại. Người làm chứng phải ký tên vào đơn khiếu nại.

- Theo Điều 8 Luật khiếu nại năm 2011 (sửa đổi năm 2013), về hình thức khiếu nại, việc khiếu nại được thực hiện bằng đơn khiếu nại hoặc khiếu nại trực tiếp (đến khiếu nại trực tiếp).

Điều 27 Luật khiếu nại năm 2011 (sửa đổi năm 2013) quy định về thời hạn thụ lý giải quyết khiếu nại là 10 ngày kể từ ngày người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại nhận được khiếu nại thuộc thẩm quyền giải quyết.

Luật khiếu nại năm 2011 (sửa đổi năm 2013) không nêu rõ phương thức nộp đơn khiếu nại. Có nhiều trường hợp cá nhân, cơ quan có thẩm quyền giải quyết khiếu nại ở xa nơi người khiếu nại cư trú, vì lý do thuận lợi cho khách hàng, Luật sư nên đề nghị khách hàng gửi đơn khiếu nại bằng dịch vụ bưu chính có báo phát, sau khi gửi đơn thì liên hệ với cơ quan có thẩm quyền giải quyết khiếu nại để biết về tình trạng thụ lý đơn khiếu nại. Luật sư cần chú ý:

+ Địa chỉ chính xác của người khiếu nại rất quan trọng vì trong suốt quá trình giải quyết khiếu nại, các thông tin liên lạc, thư mời được gửi đến theo địa chỉ đã được cung cấp. Vì vậy, cần nêu rõ địa chỉ (nơi cư trú, nơi nhận thư) trong đơn khiếu nại, nếu có số điện thoại liên lạc thì càng tốt vì mặc dù Luật khiếu nại năm 2011 (sửa đổi năm 2013) không quy định về việc liên lạc bằng điện thoại, nhưng trong thực tiễn, việc liên lạc bằng điện thoại là rất cần thiết.

+ Đơn khiếu nại cần nêu chính xác quyết định hành chính cá biệt, hành vi hành chính bị khiếu nại, tên và địa chỉ cơ quan bị khiếu nại, người bị khiếu nại để người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại có đủ cơ sở xem xét việc thụ lý đơn khiếu nại.

d) Kỹ năng tư vấn trong thẩm định, định giá:

- Kết quả định giá tài sản, thẩm định giá tài sản là một trong các nguồn chứng cứ được thu thập để làm cơ sở xét xử. Hơn nữa, Tòa án phải tuyên xử về án phí, do đó nếu có tranh chấp tài sản mà không xác định giá trị của tài sản thì vụ án không thể đưa ra xét xử. Vì vậy, vụ án tranh chấp đất đai là vụ án tranh chấp tài sản, việc định giá hoặc thẩm định giá tài sản là thủ tục bắt buộc phải có trước khi có quyết định đưa vụ án ra xét xử.

- Theo khoản 1 và 2 Điều 104 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015, các đương sự có quyền thỏa thuận về giá tài sản đang tranh chấp. Các đương sự thỏa thuận lựa chọn tổ chức thẩm định giá tài sản để thực hiện việc thẩm định giá và cung cấp kết quả cho Tòa án.

- Tòa án ra quyết định định giá tài sản và thành lập Hội đồng định giá khi thuộc một trong các trường hợp sau:

+ Theo yêu cầu của một hoặc các bên đương sự;

+ Các đương sự không thỏa thuận được việc chọn tổ chức thẩm định giá tài sản hoặc đưa ra giá tài sản khác nhau hoặc không thỏa thuận được giá tài sản;

+ Các bên thỏa thuận với nhau hoặc với tổ chức thẩm định giá tài sản theo mức giá thấp hơn so với giá thị trường nơi có tài sản định giá tại thời điểm định giá nhằm trốn tránh nghĩa vụ với Nhà nước hoặc người thứ ba hoặc có căn cứ cho thấy tổ chức thẩm định giá tài sản đã vi phạm pháp luật khi thẩm định giá (điểm c khoản 3 Điều 104 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015).

- Trên thực tiễn, tổ chức thẩm định giá thu phí rất cao. Trường hợp định giá tài sản, đương sự chỉ phải thanh toán chi phí cho Hội đồng định giá do Tòa án thành lập với chi phí rất ít (vì chủ yếu là chi phí cho phương tiện di chuyển). Vì vậy, nếu khách hàng có nhiều khó khăn về tài chính khi khởi kiện thì Luật sư nên giải thích và tư vấn cho khách hàng về việc làm đơn yêu cầu Tòa án định giá tài sản để Tòa án ra quyết định định giá tài sản và thành lập Hội đồng định giá.

- Thực tế, định giá tài sản có kết quả tốt hơn, phù hợp hơn khi có sự tham dự đầy đủ của thành viên Hội đồng định giá, của đại diện Ủy ban nhân dân cấp xã nơi có tài sản tranh chấp. Hơn nữa, đương sự có quyền tham dự và phát biểu ý kiến về việc định giá.

- Việc định giá phải được lập biên bản, trong đó ghi rõ ý kiến của từng thành viên, đương sự nếu họ tham dự. Quyết định của Hội đồng định giá phải được quá nửa tổng số thành viên biểu quyết tán thành. Các thành viên Hội đồng định giá, đương sự, người chứng kiến ký tên hoặc điểm chỉ vào biên bản.

- Việc định giá lại tài sản được thực hiện trong trường hợp có căn cứ cho rằng kết quả định giá lần đầu không chính xác hoặc không phù hợp với giá thị trường nơi có tài sản định giá tại thời điểm giải quyết vụ án dân sự (khoản 4 Điều 104 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015).

đ) Kỹ năng tư vấn giao dịch chuyển nhượng quyền sử dụng đất:

- Chuyển quyền sử dụng đất là việc chuyển giao quyền sử dụng đất từ người này sang người khác thông qua các hình thức chuyển đổi, chuyển nhượng, thừa kế, tặng cho quyền sử dụng đất và góp vốn bằng quyền sử dụng đất.

- Người sử dụng đất là người được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất, nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất theo quy định của Luật đất đai bao gồm cá nhân, tổ chức, hộ gia đình, cộng đồng dân cư, cơ sở tôn giáo, doanh nghiệp. Người sử dụng đất có quyền chuyển quyền sử dụng đất, trong đó có quyền chuyển nhượng quyền sử dụng đất. Như vậy, chuyển nhượng quyền sử dụng đất là một trong các quyền của người có quyền sử dụng đất hợp pháp.

- Người sử dụng đất được thực hiện việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất khi có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Đối với trường hợp chuyển đổi quyền sử dụng đất nông nghiệp thì người sử dụng đất được thực hiện quyền sau khi có quyết định giao đất, cho thuê đất; trường hợp nhận thừa kế quyền sử dụng đất thì người sử dụng đất được thực hiện quyền khi có Giấy chứng nhận hoặc đủ điều kiện để cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất.

- Trường hợp người sử dụng đất được chậm thực hiện nghĩa vụ tài chính hoặc được ghi nợ nghĩa vụ tài chính thì phải thực hiện xong nghĩa vụ tài chính trước khi thực hiện các quyền.

- Việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong dự án đầu tư xây dựng kinh doanh nhà ở được thực hiện theo quy định sau đây:

+ Ủy ban nhân dân cấp tỉnh căn cứ vào quy định của Chính phủ về điều kiện loại đô thị để cho phép chủ đầu tư dự án đầu tư xây dựng kinh doanh nhà ở được chuyển nhượng quyền sử dụng đất dưới hình thức phân lô sau khi đã hoàn thành đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng và nghĩa vụ tài chính về đất đai;

+ Đối với các dự án đầu tư xây dựng kinh doanh nhà ở thì được chuyển nhượng quyền sử dụng đất gắn với việc chuyển nhượng toàn bộ

hoặc một phần dự án khi đã có Giấy chứng nhận. Người nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất phải thực hiện dự án đầu tư đúng theo tiến độ đã được phê duyệt.

- Việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất gắn với chuyển nhượng toàn bộ dự án đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng để chuyển nhượng hoặc cho thuê phải đáp ứng các điều kiện sau đây:

+ Có đủ các điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 188 Luật đất đai năm 2013;

+ Dự án phải xây dựng xong các công trình hạ tầng kỹ thuật tương ứng theo tiến độ ghi trong dự án đã được phê duyệt.

- Cần quan tâm một số trường hợp chuyển nhượng quyền sử dụng đất có điều kiện như sau:

+ Hộ gia đình, cá nhân đang sinh sống xen kẽ trong phân khu bảo vệ nghiêm ngặt, phân khu phục hồi sinh thái thuộc rừng đặc dụng nhưng chưa có điều kiện chuyển ra khỏi phân khu đó thì chỉ được chuyển nhượng, tặng cho quyền sử dụng đất ở, đất rừng kết hợp sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản cho hộ gia đình, cá nhân sinh sống trong phân khu đó.

+ Hộ gia đình, cá nhân được Nhà nước giao đất ở, đất sản xuất nông nghiệp trong khu vực rừng phòng hộ thì chỉ được chuyển nhượng, tặng cho quyền sử dụng đất ở, đất sản xuất nông nghiệp cho hộ gia đình, cá nhân đang sinh sống trong khu vực rừng phòng hộ đó.

+ Hộ gia đình, cá nhân là dân tộc thiểu số sử dụng đất do Nhà nước giao đất theo chính sách hỗ trợ của Nhà nước thì được chuyển nhượng, tặng cho quyền sử dụng đất sau 10 năm, kể từ ngày có quyết định giao đất theo quy định của Chính phủ.

- Khi chuyển nhượng quyền sử dụng đất cần quan tâm bên chuyển nhượng có được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất hay không. Vì có những trường hợp không được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất hoặc nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất có điều kiện. Cụ thể như sau:

+ Tổ chức, hộ gia đình, cá nhân, cộng đồng dân cư, cơ sở tôn giáo, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất đối với trường hợp mà pháp luật không cho phép chuyển nhượng, tặng cho quyền sử dụng đất.

+ Tổ chức kinh tế không được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng của hộ gia đình, cá nhân, trừ trường hợp được chuyển mục đích sử dụng đất theo quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt.

+ Hộ gia đình, cá nhân không trực tiếp sản xuất nông nghiệp không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất trồng lúa.

+ Hộ gia đình, cá nhân không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất ở, đất nông nghiệp trong khu vực rừng phòng hộ, trong phân khu bảo vệ nghiêm ngặt, phân khu phục hồi sinh thái thuộc rừng đặc dụng, nếu không sinh sống trong khu vực rừng phòng hộ, rừng đặc dụng đó.

+ Tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân được nhận chuyển nhượng, nhận góp vốn, thuê quyền sử dụng đất nông nghiệp để thực hiện dự án đầu tư sản xuất, kinh doanh phi nông nghiệp khi có đủ các điều kiện sau đây:

Thứ nhất, có văn bản chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với tổ chức kinh tế nhận chuyển nhượng, nhận góp vốn, thuê quyền sử dụng đất nông nghiệp để thực hiện dự án;

Thứ hai, mục đích sử dụng đối với diện tích đất nhận chuyển nhượng, nhận góp vốn, thuê quyền sử dụng đất phải phù hợp với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt;

Thứ ba, đối với đất chuyên trồng lúa nước thì phải thực hiện theo quy định tại khoản 3 Điều 134 Luật đất đai năm 2013.

- Việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất phải thực hiện bằng hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất và phải được thực hiện việc công chứng tại tổ chức hành nghề công chứng hoặc chứng thực tại Ủy ban nhân dân cấp xã nơi có đất chuyển nhượng.

e) Kỹ năng tư vấn hợp thức thủ tục tách thửa, cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất:

- Căn cứ theo Luật đất đai năm 2013, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh có thẩm quyền ban hành quyết định quy định về diện tích tối thiểu được tách thửa theo đề nghị của Sở Tài nguyên và Môi trường cấp tỉnh. Vì vậy, khi khách hàng yêu cầu tư vấn về việc tách thửa thì cần nghiên cứu các quyết định của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh nơi có đất yêu cầu tách thửa để biết rõ diện tích tối thiểu được tách thửa được quy định theo từng khu vực của tỉnh. Quyết định của Ủy ban nhân dân tỉnh quy định về diện tích tối thiểu tách thửa cũng có quy định về trường hợp tách thửa để hợp thửa với thửa đất liền kề. Do đó, Luật sư cũng cần biết rõ để tư vấn phương thức giải quyết cho khách hàng.

- Về vấn đề cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất đối với trường hợp có diện tích nhỏ hơn diện tích tối thiểu do Ủy ban nhân dân tỉnh quy định, Luật sư cần tư vấn cho khách hàng trên cơ sở quy định của Điều 29 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15-5-2014 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật đất đai và có thể tư vấn cho khách hàng thực hiện theo quy định. Cụ thể như sau:

+ Thửa đất đang sử dụng được hình thành từ trước ngày văn bản quy định của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh về diện tích tối thiểu được tách thửa có hiệu lực thi hành mà diện tích thửa đất nhỏ hơn diện tích tối thiểu theo quy định của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh nhưng có đủ điều kiện cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất thì người đang sử dụng đất được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất.

+ Trường hợp người sử dụng đất xin tách thửa đất thành thửa đất có diện tích nhỏ hơn diện tích tối thiểu đồng thời với việc xin được hợp thửa đất đó với thửa đất khác liền kề để tạo thành thửa đất mới có diện tích bằng hoặc lớn hơn diện tích tối thiểu được tách thửa thì được phép tách thửa đồng thời với việc hợp thửa và cấp Giấy chứng nhận

quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho thửa đất mới.

- Đồng thời Luật sư phải tư vấn cho khách hàng về trường hợp không được công chứng, chứng thực, không được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất như sau:

Không được công chứng, chứng thực, cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất và không được làm thủ tục thực hiện các quyền của người sử dụng đất đối với trường hợp tự chia tách thửa đất đã đăng ký, đã được cấp Giấy chứng nhận thành hai hoặc nhiều thửa đất mà trong đó có ít nhất một thửa đất có diện tích nhỏ hơn diện tích tối thiểu theo quy định của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh.

g) Kỹ năng tư vấn cầm cố, thế chấp, đăng ký giao dịch bảo đảm tài sản là đất đai:

- Cầm cố, thế chấp là 02 trong 09 biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được quy định trong Bộ luật dân sự (Điều 292 Bộ luật dân sự năm 2015).

- Tài sản cầm cố, thế chấp phải là tài sản thuộc quyền sở hữu của bên cầm cố, thế chấp, có thể là tài sản hiện có hoặc tài sản hình thành trong tương lai, giá trị tài sản bảo đảm có thể lớn hơn, bằng hoặc nhỏ hơn giá trị nghĩa vụ được bảo đảm.

- Một tài sản có thể được dùng để cầm cố, thế chấp cho nhiều nghĩa vụ nếu có giá trị tại thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm lớn hơn giá trị của nghĩa vụ được bảo đảm, bên cầm cố, thế chấp phải thông báo cho bên nhận cầm cố, thế chấp biết về việc tài sản bảo đảm đang được dùng để cầm cố, thế chấp thực hiện nghĩa vụ khác. Mỗi lần bảo đảm phải được lập thành văn bản.

- Trường hợp phải xử lý tài sản để thực hiện một nghĩa vụ đến hạn thì các nghĩa vụ khác tuy chưa đến hạn đều được coi là đến hạn và tất cả các bên cùng nhận bảo đảm đều được tham gia xử lý tài sản. Bên nhận bảo đảm đã thông báo về việc xử lý tài sản có trách nhiệm xử lý tài sản, nếu các bên cùng nhận bảo đảm không có thỏa thuận khác.

Trường hợp các bên muốn tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ chưa đến hạn thì có thể thỏa thuận về việc bên bảo đảm dùng tài sản khác để bảo đảm việc thực hiện các nghĩa vụ chưa đến hạn.

- Bộ luật dân sự không phân biệt bất động sản hay động sản trong việc cầm cố, thế chấp, nhưng theo pháp luật, cầm cố là bên cầm cố giao tài sản thuộc quyền sở hữu của mình cho bên nhận cầm cố, trường hợp thế chấp thì bên thế chấp không có giao tài sản thuộc sở hữu của mình cho bên nhận thế chấp.

- Cầm cố quyền sử dụng đất, thế chấp quyền sử dụng đất có hiệu lực tại thời điểm giao kết trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

+ Cầm cố, thế chấp quyền sử dụng đất có hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đã ký giao dịch bảo đảm (đăng ký cầm cố quyền sử dụng đất, đăng ký thế chấp quyền sử dụng đất) tại Văn phòng đăng ký đất đai thuộc Sở Tài nguyên và Môi trường, Chi nhánh văn phòng đăng ký đất đai các quận, huyện, thị xã, thành phố trực thuộc Trung ương, theo các quy định của pháp luật về đăng ký giao dịch bảo đảm.

+ Về thế chấp quyền sử dụng đất mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất thì chia ra 02 trường hợp:

Thứ nhất, trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất và người sử dụng đất đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất thì tài sản được xử lý bao gồm cả tài sản gắn liền với đất, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Thứ hai, trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất mà người sử dụng đất không đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất thì khi xử lý quyền sử dụng đất, chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được tiếp tục sử dụng đất trong phạm vi quyền, nghĩa vụ của mình; quyền và nghĩa vụ của bên thế chấp trong mối quan hệ với chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được chuyển giao cho người nhận chuyển quyền sử dụng đất, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

+ Quyền và nghĩa vụ của bên cầm cố, thế chấp và của bên nhận cầm cố, thế chấp được quy định theo Bộ luật dân sự (Điều 311, Điều 312,

Điều 313, Điều 314, Điều 320, Điều 321, Điều 322, Điều 323 Bộ luật dân sự năm 2015).

+ Việc xử lý tài sản (quyền sử dụng đất) cầm cố, thế chấp được thực hiện theo Điều 303, Điều 304 Bộ luật dân sự năm 2015.

- Việc cầm cố, thế chấp quyền sử dụng đất chấm dứt trong các trường hợp sau:

+ Nghĩa vụ được bảo đảm bằng cầm cố, thế chấp quyền sử dụng đất chấm dứt.

+ Việc cầm cố, thế chấp quyền sử dụng đất được hủy bỏ hoặc được thay thế bằng biện pháp bảo đảm khác.

+ Quyền sử dụng đất cầm cố, thế chấp đã được xử lý.

+ Theo thỏa thuận của các bên.

- Khi chấm dứt việc cầm cố, thế chấp thì phải thực hiện việc thanh lý hợp đồng cầm cố, hợp đồng thế chấp tại Phòng Công chứng và xóa đăng ký giao dịch bảo đảm. Bên nhận cầm cố, thế chấp phải trả lại giấy tờ cho bên cầm cố, thế chấp. Riêng trường hợp cầm cố thì tài sản phải trả lại cho bên cầm cố.

h) Kỹ năng tư vấn giao dịch chuyển nhượng dự án bất động sản:

Trường hợp khách hàng yêu cầu tư vấn chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong dự án đầu tư bất động sản (chuyển toàn bộ hoặc chuyển một phần) thì Luật sư cần quan tâm đến các quy định của Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 (Điều 48, Điều 49, Điều 50, Điều 51, Điều 52, Điều 53) và các quy định của Nghị định số 76/2015/NĐ-CP ngày 10-9-2015 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 (Điều 12, Điều 13). Theo các quy định này, chủ đầu tư dự án bất động sản có quyền chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án đầu tư có quyền sử dụng đất theo các nguyên tắc và các điều kiện cơ bản như sau:

- Việc chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản phải bảo đảm yêu cầu sau đây:

+ Không làm thay đổi mục tiêu của dự án;

+ Không làm thay đổi nội dung của dự án;

+ Bảo đảm quyền lợi của khách hàng và các bên có liên quan.

- Việc chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản phải được cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định việc đầu tư đồng ý bằng văn bản. Chủ đầu tư nhận chuyển nhượng được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất hoặc được đăng ký biến động vào giấy chứng nhận đã cấp cho chủ đầu tư chuyển nhượng theo quy định của pháp luật về đất đai.

- Chủ đầu tư nhận chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản không phải làm lại hồ sơ dự án, quy hoạch xây dựng và Giấy phép xây dựng của dự án nếu không có thay đổi về nội dung chấp thuận chủ trương đầu tư, quyết định đầu tư của dự án.

- Dự án bất động sản được chuyển nhượng phải có các điều kiện sau đây:

+ Dự án đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt, đã có quy hoạch chi tiết 1/500 hoặc quy hoạch tổng mặt bằng được phê duyệt;

+ Dự án, phần dự án chuyển nhượng đã hoàn thành xong việc bồi thường, giải phóng mặt bằng. Đối với trường hợp chuyển nhượng toàn bộ dự án đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng thì phải xây dựng xong các công trình hạ tầng kỹ thuật tương ứng theo tiến độ ghi trong dự án đã được phê duyệt;

+ Dự án không có tranh chấp về quyền sử dụng đất, không bị kê biên để bảo đảm thi hành án hoặc để chấp hành quyết định hành chính của cơ quan nhà nước có thẩm quyền;

+ Không có quyết định thu hồi dự án, thu hồi đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; trường hợp có vi phạm trong quá trình triển khai dự án thì chủ đầu tư phải chấp hành xong quyết định xử phạt.

Chủ đầu tư chuyển nhượng đã có giấy chứng nhận về quyền sử dụng đất đối với toàn bộ hoặc phần dự án chuyển nhượng.

- Chủ đầu tư nhận chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản phải là doanh nghiệp kinh doanh bất động sản, có đủ năng lực

tài chính và cam kết tiếp tục việc triển khai đầu tư xây dựng, kinh doanh theo đúng quy định của pháp luật, bảo đảm tiến độ, nội dung dự án.

- Chủ đầu tư chuyển nhượng gửi 01 bộ hồ sơ đề nghị chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án đến Ủy ban nhân dân cấp tỉnh nơi có dự án hoặc cơ quan được Ủy ban nhân dân cấp tỉnh ủy quyền cụ thể như sau:

+ Đối với dự án khu đô thị mới, dự án phát triển nhà ở là Sở Xây dựng;

+ Đối với các loại dự án bất động sản khác là Sở quản lý chuyên ngành do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quy định.

- Việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất của dự án hoặc một phần dự án được phép chuyển nhượng thực hiện theo quy định của pháp luật về đất đai.

II. ÁN LỆ TRONG TRANH CHẤP ĐẤT ĐAI

Án lệ về vụ án tranh chấp đất đai được Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thông qua ngày 06-4-2016 và được công bố theo Quyết định số 220/QĐ-CA ngày 06-4-2016 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, bao gồm các án lệ số 02/2016/AL, 03/2016/AL, 04/2016/AL, cụ thể:

- Án lệ số 02/2016/AL có nội dung:

Tuy bà Thành là người bỏ 21,99 chỉ vàng để chuyển nhượng đất (tương đương khoảng 27.047.700 đồng), nhưng giấy tờ chuyển nhượng đứng tên ông Tám. Sau khi nhận chuyển nhượng ông Tám quản lý đất, sau đó chuyển nhượng cho người khác. Như vậy, lẽ ra phải xác định ông Tám có công sức trong việc bảo quản, giữ gìn, tôn tạo làm tăng giá trị đất. Đồng thời xác định công sức của ông Tám để chia cho ông Tám một phần tương ứng với công sức của ông mới đúng và bảo đảm quyền lợi của các đương sự (Trường hợp không xác định được chính xác công sức của ông Tám thì phải xác định bà Thành, ông Tám có công sức ngang nhau để chia).

- Án lệ số 03/2016/AL có nội dung:

Theo xác minh tại Ủy ban nhân dân xã Vân Tảo thì năm 2001 xã tổ chức cho các hộ dân trong xã Vân Tảo đăng ký kê khai để xét

cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng và các hộ kê khai tại trụ sở thôn xóm. Tất cả các hộ dân trong xã đều được biết về chủ trương kê khai đất này. Ông Phác là chủ đất nhưng không đi kê khai. Anh Nam đang ở trên đất và là người đi kê khai làm thủ tục cấp giấy chứng nhận. Ngày 21-12-2001, anh Nam được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số U060645 đứng tên chủ hộ là Phạm Gia Nam. Vợ chồng anh chị đã xây nhà 2 tầng kiên cố vào năm 2002 và đến năm 2005 thì xây thêm tum tầng 3. Ông Phác và các anh em trong gia đình anh Nam đều biết việc xây dựng trên của vợ chồng anh Nam, chị Hồng, nhưng cũng không ai có ý kiến gì. Như vậy, từ khi được cấp Giấy chứng nhận (năm 2001) cho đến khi có việc ly hôn của anh Nam, chị Hồng (năm 2009), gia đình ông Phác cũng không ai có khiếu nại gì về việc cấp đất, xây nhà này. Điều đó thể hiện ý chí của gia đình ông Phác là đã cho anh Nam và chị Hồng diện tích đất nêu trên. Việc ông Phác và anh Nam khai rằng anh Nam tự ý kê khai giấy tờ đất, ông Phác không biết là không có cơ sở chấp nhận. Như vậy, có căn cứ xác định lời khai của chị Hồng về việc gia đình ông Phác đã cho anh chị diện tích đất trên, là có cơ sở.

Do đó, việc Tòa án các cấp nhận định rằng anh Nam đi làm giấy tờ mà ông Phác không biết và việc chị Hồng khai gia đình chồng đã cho vợ chồng chị đất nhưng không có chứng cứ chứng minh, để xác định diện tích đất 80 m^2 tại thôn Vân Hòa, xã Vân Tảo, huyện Thường Tín, thành phố Hà Nội là tài sản thuộc hộ gia đình ông Phạm Gia Phác; đồng thời buộc anh Nam, chị Hồng trả lại đất cho gia đình ông Phác, là không đúng. Cần phải xác định diện tích đất tranh chấp trên là tài sản chung của vợ chồng anh Nam, chị Hồng và khi chia phải coi anh Nam có công sức đóng góp nhiều hơn để chia theo công sức của mỗi bên và cần phải căn cứ vào nhu cầu về chỗ ở để chia hiện vật cho các bên nhằm bảo đảm quyền lợi cho các đương sự.

- Án lệ số 04/2016/AL có nội dung:

Về hợp đồng mua bán nhà, đất ngày 26-4-1996, việc chuyển nhượng nhà, đất diễn ra từ năm 1996, sau khi mua nhà, đất, ông Tiến, bà Tý đã trả đủ tiền, nhận nhà đất, tôn nền đất, sửa lại nhà và cho các cháu đến ở.

Trong khi đó gia đình ông Ngự, bà Phấn vẫn ở trên diện tích đất còn lại, liền kề với nhà ông Tiến, bà Tý. Theo lời khai của các con ông Ngự, bà Phấn thì sau khi bán nhà, đất cho vợ chồng bà Tý thì ông Ngự và bà Phấn đã phân chia vàng cho các con. Mặt khác, sau khi chuyển nhượng và giao nhà đất cho ông Tiến, bà Tý, thì ngày 26-4-1996, ông Ngự còn viết "giấy cam kết" có nội dung mượn lại phần nhà đất đã sang nhượng để ở khi xây dựng lại nhà trên phần đất còn lại và trong thực tế vợ chồng bà Phấn, ông Ngự đã sử dụng phần nhà đất của bà Tý, ông Tiến khi xây dựng nhà. Như vậy, có cơ sở xác định bà Phấn biết có việc chuyển nhượng nhà, đất giữa ông Ngự với vợ chồng ông Tiến và bà Tý và bà Phấn đã đồng ý, cùng thực hiện, nên việc bà Phấn khiếu nại cho rằng ông Ngự chuyển nhượng nhà đất cho vợ chồng bà Tý mà bà không biết là không có căn cứ.

Chương 15
KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG VỤ ÁN BỒI THƯỜNG THIỆT HẠI NGOÀI HỢP ĐỒNG

I. TÍNH CHẤT, ĐẶC ĐIỂM VỤ ÁN DÂN SỰ ĐÒI BỒI THƯỜNG THIỆT HẠI NGOÀI HỢP ĐỒNG

Trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng là một loại trách nhiệm dân sự phát sinh do có hành vi trái pháp luật gây ra thiệt hại. Người có hành vi trái pháp luật gây thiệt hại thì phải bồi thường, nhằm khôi phục tình trạng tài sản và các quyền, lợi ích bị xâm phạm của người bị thiệt hại. Thiệt hại được bồi thường có thể về tài sản, danh dự, nhân phẩm, uy tín, tính mạng, sức khỏe.

Các vụ án về yêu cầu bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng thường rất đa dạng do có nhiều loại chủ thể gây ra thiệt hại, nhiều loại vi phạm khác nhau và nhiều dạng thiệt hại khác nhau, nguyên nhân dẫn đến thiệt hại cũng rất khác nhau.

Các vụ án này thường có tính chất phức tạp do thiệt hại xảy ra có thể là thiệt hại có thể định lượng, nhưng cũng có những thiệt hại chỉ định tính như danh dự, nhân phẩm, uy tín của cá nhân, tổ chức. Người phải chịu trách nhiệm bồi thường có thể là người trực tiếp gây thiệt hại, cũng có thể là người không trực tiếp gây ra thiệt hại; có thể có lỗi hoặc không có lỗi; có thể là người đã thành niên, cũng có thể là người chưa thành niên.

Các đương sự trong vụ án yêu cầu bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng thường chưa có quan hệ với nhau trước khi thiệt hại xảy ra nên

việc thương lượng, hòa giải khó khăn hơn đối với các vụ án tranh chấp về hợp đồng, về hôn nhân và gia đình, v.v.. Nếu như trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng phát sinh giữa các chủ thể đã có mối quan hệ hợp đồng với nhau và thiệt hại xảy ra do một hoặc các bên có hành vi vi phạm nghĩa vụ đã quy định cụ thể trong hợp đồng thì giữa các chủ thể trong vụ án bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng thường không có mối quan hệ từ trước.

Việc giải quyết bồi thường thiệt hại vừa phải bảo đảm đúng theo quy định của pháp luật, vừa phù hợp với hoàn cảnh, điều kiện kinh tế cụ thể của người phải bồi thường, người được bồi thường, đồng thời phù hợp với phong tục, tập quán của từng địa phương, v.v..

II. CÁC LOẠI TRANH CHẤP VỀ BỒI THƯỜNG THIỆT HẠI NGOÀI HỢP ĐỒNG

Xét về tính chất của thiệt hại xảy ra, các tranh chấp về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng gồm có các loại sau đây:

- Tranh chấp về bồi thường thiệt hại về tài sản (Điều 589 Bộ luật dân sự năm 2015);

- Tranh chấp về bồi thường thiệt hại về tính mạng, sức khỏe (Điều 591, 590 Bộ luật dân sự năm 2015);

- Tranh chấp về bồi thường thiệt hại về danh dự, nhân phẩm, uy tín (Điều 592 Bộ luật dân sự năm 2015).

Xét về nguyên nhân gây ra thiệt hại, có các loại tranh chấp sau đây:

- Tranh chấp về bồi thường thiệt hại do người gây ra:

+ Do người dùng chất kích thích gây ra (Điều 596 Bộ luật dân sự năm 2015);

+ Do người của pháp nhân gây ra (Điều 597 Bộ luật dân sự năm 2015);

+ Do người thi hành công vụ gây ra (Điều 598 Bộ luật dân sự năm 2015);

+ Do người dưới mười lăm tuổi, người mất năng lực hành vi dân sự gây ra trong thời gian trường học, bệnh viện, pháp nhân khác quản lý (Điều 599 Bộ luật dân sự năm 2015);

+ Do người làm công, người học nghề gây ra (Điều 600 Bộ luật dân sự năm 2015);

+ Do làm ô nhiễm môi trường gây ra (Điều 602 Bộ luật dân sự năm 2015).

- Tranh chấp về bồi thường thiệt hại do tài sản gây ra:

+ Do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra (Điều 601 Bộ luật dân sự năm 2015);

+ Do súc vật gây ra (Điều 603 Bộ luật dân sự năm 2015);

+ Do cây cối gây ra (Điều 64 Bộ luật dân sự năm 2015);

+ Do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra (Điều 605 Bộ luật dân sự năm 2015).

- Tranh chấp về bồi thường thiệt hại do xâm phạm thi thể (Điều 606 Bộ luật dân sự năm 2015).

- Tranh chấp về bồi thường thiệt hại do xâm phạm mồ mả (Điều 607 Bộ luật dân sự năm 2015).

- Tranh chấp về bồi thường thiệt hại do vi phạm quyền lợi của người tiêu dùng (Điều 608 Bộ luật dân sự năm 2015).

III. CĂN CỨ PHÁT SINH TRÁCH NHIỆM BỒI THƯỜNG THIỆT HẠI NGOÀI HỢP ĐỒNG

Trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng chỉ phát sinh khi có đủ các điều kiện sau đây:

- Có thiệt hại xảy ra;

- Có hành vi trái pháp luật;

- Có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi trái pháp luật và thiệt hại xảy ra.

Để làm rõ các căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường ngoài hợp đồng, các Luật sư cần lưu ý:

- Thiệt hại bao gồm thiệt hại về vật chất và thiệt hại do tổn thất về tinh thần.

Thiệt hại về vật chất bao gồm: thiệt hại do tài sản bị xâm phạm quy định tại Điều 608 Bộ luật dân sự năm 2015; thiệt hại do sức khỏe bị xâm phạm quy định tại khoản 1 Điều 609 Bộ luật dân sự năm 2015; thiệt hại do tính mạng bị xâm phạm quy định tại khoản 1 Điều 610 Bộ luật dân sự năm 2015; thiệt hại do danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm quy định tại khoản 1 Điều 611 Bộ luật dân sự năm 2015.

Thiệt hại do tổn thất về tinh thần của cá nhân được hiểu là do sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín hoặc do tính mạng bị xâm phạm mà mà người bị thiệt hại, người thân thích gần gũi nhất của người bị thiệt hại phải chịu đau thương, buồn phiền, mất mát về tình cảm, bị giảm sút hoặc mấy uy tín, bị bạn bè xa lánh do bị hiểu nhầm, v.v.. Do đó, cần phải có một khoản tiền bồi thường để bù đắp tổn thất mà họ phải chịu.

Thiệt hại do tổn thất về tinh thần của pháp nhân và các chủ thể khác không phải là pháp nhân (gọi chung là tổ chức) được hiểu là do danh dự, uy tín bị xâm phạm, tổ chức đó bị giảm sút hoặc mất đi sự tín nhiệm, lòng tin, v.v., vì bị hiểu nhầm. Do đó, cần phải có một khoản tiền bồi thường để bù đắp tổn thất mà tổ chức phải chịu.

- Hành vi trái pháp luật: Là những xử sự cụ thể của con người được thể hiện thông qua hành động hoặc không hành động trái với các quy định của pháp luật.

- Mối quan hệ nhân quả: Thiệt hại xảy ra phải là kết quả tất yếu của hành vi trái pháp luật và ngược lại, hành vi trái pháp luật là nguyên nhân gây ra thiệt hại.

Bộ luật dân sự năm 2015 đã có sự thay đổi so với Bộ luật dân sự năm 2005 về căn cứ làm phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, đó là đã bỏ yếu tố lỗi. Nếu như Bộ luật dân sự năm 2005 quy định phải có lỗi cố ý hoặc vô ý của người gây thiệt hại (Điều 604), thì Bộ luật dân sự năm 2015 không còn quy định này nữa (Điều 584). Do vậy, ở thời điểm hiện tại, khi yêu cầu bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, không cần phải chứng minh người gây thiệt hại có lỗi. Yếu tố lỗi chỉ còn ý nghĩa trong việc xem xét mức độ thiệt hại được bồi thường.

Cũng cần chú ý rằng, trong Bộ luật dân sự năm 2005 trước đây cũng quy định, nếu pháp luật quy định người gây thiệt hại phải bồi thường cả trong trường hợp không có lỗi thì áp dụng quy định đó (khoản 2 Điều 604).

- Thời hiệu khởi kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại cũng có sự thay đổi cả về thời gian và thời điểm bắt đầu thời hiệu:

+ Bộ luật dân sự năm 2005 quy định thời hiệu khởi kiện là hai năm, kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm (Điều 607).

+ Bộ luật dân sự năm 2015 quy định thời hiệu khởi kiện là ba năm, kể từ ngày người có quyền yêu cầu biết hoặc phải biết quyền, lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm (Điều 588).

IV. TIẾP NHẬN, ĐÁNH GIÁ YÊU CẦU CỦA KHÁCH HÀNG

Trong quá trình tiếp nhận, đánh giá yêu cầu của khách hàng, Luật sư cần lưu ý:

- Nghe khách hàng trình bày về nội dung vụ việc và yêu cầu của khách hàng; đề nghị khách hàng cung cấp các tài liệu có liên quan.

- Xem các tài liệu mà khách hàng cung cấp và hỏi để nắm rõ hơn những vấn đề cốt lõi về nội dung vụ việc cũng như yêu cầu của khách hàng. Tùy trường hợp khách hàng là người yêu cầu đòi bồi thường hay người bị yêu cầu bồi thường mà tập trung làm rõ những vấn đề liên quan đến yêu cầu của họ.

- Đánh giá yêu cầu của khách hàng:

+ Sơ bộ đánh giá yêu cầu của khách hàng là có căn cứ pháp luật hay không, mức độ tính có căn cứ trong yêu cầu của khách hàng để từ đó trao đổi với khách hàng về việc có nên khởi kiện hay không hoặc nên có giải pháp nào để giải quyết thỏa đáng đối với người bị thiệt hại trong trường hợp khách hàng là người bị yêu cầu đòi bồi thường, v.v..

+ Đánh giá khả năng giải quyết vụ việc bằng thương lượng, hòa giải; thanh toán, điều kiện thi hành án của người có trách nhiệm bồi thường để tư vấn cho khách hàng.

+ Đánh giá về nguồn tài liệu, chứng cứ, khả năng thu thập chứng cứ để làm rõ tình tiết vụ việc và phục vụ cho yêu cầu của khách hàng; yêu cầu khách hàng thu thập, cung cấp thêm tài liệu, chứng cứ và thông tin liên quan đến vụ việc.

+ Giải thích cho khách hàng những quy định của pháp luật liên quan đến vụ việc cũng như quyền và nghĩa vụ của Luật sư khi tham gia bảo vệ quyền lợi cho khách hàng.

V. VẤN ĐỀ XÁC ĐỊNH THIỆT HẠI

Trong vụ án yêu cầu bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, việc xác định thiệt hại là hết sức quan trọng, bởi vấn đề cốt lõi là cần chứng minh làm rõ thiệt hại là gì, thiệt hại bao nhiêu và phải bồi thường bao nhiêu. Các Luật sư cần nắm rõ các quy định, hướng dẫn tại Nghị quyết số 03/2006/NQ-HĐTP ngày 08-7-2006 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (sau đây gọi tắt là Nghị quyết số 03/2006/NQ-HĐTP) về vấn đề này. Cụ thể:

1. Thiệt hại do sức khỏe bị xâm phạm

Thiệt hại do sức khỏe bị xâm phạm được bồi thường bao gồm:

- Chi phí hợp lý cho việc cứu chữa, bồi dưỡng, phục hồi sức khỏe và chức năng bị mất, bị giảm sút của người bị thiệt hại như: Tiền thuê phương tiện đưa người bị thiệt hại đi cấp cứu tại cơ sở y tế; tiền thuốc và tiền mua các thiết bị y tế, chi phí chiếu, chụp X-quang, chụp cắt lớp, siêu âm, xét nghiệm, mổ, truyền máu, vật lý trị liệu, v.v., theo chỉ định của bác sỹ; tiền viện phí; tiền mua thuốc bổ, tiếp đạm, tiền bồi dưỡng phục hồi sức khỏe cho người bị thiệt hại theo chỉ định của bác sỹ; các chi phí thực tế, cần thiết khác cho người bị thiệt hại (nếu có) và các chi phí cho việc lắp chân giả, tay giả, mắt giả, mua xe lăn, xe đẩy, nạng chống và khắc phục thẩm mỹ, v.v., để hỗ trợ hoặc thay thế một phần chức năng của cơ thể bị mất hoặc bị giảm sút của người bị thiệt hại (nếu có).

- Thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút của người bị thiệt hại. Nếu trước khi sức khỏe bị xâm phạm người bị thiệt hại có thu nhập thực tế, nhưng do sức khỏe bị xâm phạm họ phải đi điều trị và do đó khoản

thu nhập thực tế của họ bị mất hoặc bị giảm sút, thì họ được bồi thường khoản thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút đó.

+ Cách xác định thu nhập thực tế của người bị thiệt hại:

Nếu trước khi sức khỏe bị xâm phạm, người bị thiệt hại có thu nhập ổn định từ tiền lương trong biên chế, tiền công từ hợp đồng lao động, thì căn cứ vào mức lương, tiền công của tháng liền kề trước khi người bị xâm phạm sức khỏe nhân với thời gian điều trị để xác định khoản thu nhập thực tế của người bị thiệt hại.

Nếu trước khi sức khỏe bị xâm phạm, người bị thiệt hại có làm việc và hằng tháng có thu nhập thực tế nhưng mức thu nhập của các tháng khác nhau, thì lấy mức thu nhập trung bình của 6 tháng liền kề (nếu chưa đủ 6 tháng thì của tất cả các tháng) trước khi sức khỏe bị xâm phạm nhân với thời gian điều trị để xác định khoản thu nhập thực tế của người bị thiệt hại.

Nếu trước khi sức khỏe bị xâm phạm, người bị thiệt hại có thu nhập thực tế, nhưng không ổn định và không thể xác định được, thì áp dụng mức thu nhập trung bình của lao động cùng loại nhân với thời gian điều trị để xác định khoản thu nhập thực tế của người bị thiệt hại.

Nếu trước khi sức khỏe bị xâm phạm, người bị thiệt hại chưa làm việc và chưa có thu nhập thực tế thì không được bồi thường theo quy định tại điểm b khoản 1 Điều 590 Bộ luật dân sự năm 2015.

+ Cách xác định thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút của người bị thiệt hại:

Xác định người bị thiệt hại có hay không có thu nhập thực tế trong thời gian điều trị, nếu có thì tổng số thu nhập là bao nhiêu.

Lấy tổng số thu nhập thực tế mà người bị thiệt hại có được trong thời gian điều trị so sánh với thu nhập thực tế tương ứng được xác định theo cách trên. Nếu không có khoản thu nhập thực tế nào của người bị thiệt hại trong thời gian điều trị thì thu nhập thực tế của người bị thiệt hại bị mất; nếu thấp hơn thì khoản chênh lệch đó là thu nhập thực tế của người bị thiệt hại bị giảm sút; nếu bằng thì thu nhập thực tế của người bị thiệt hại không bị mất.

- Chi phí hợp lý và phần thu nhập thực tế bị mất của người chăm sóc người bị thiệt hại trong thời gian điều trị.

+ Chi phí hợp lý cho người chăm sóc người bị thiệt hại trong thời gian điều trị bao gồm: tiền tàu, xe đi lại, tiền thuê nhà trọ theo giá trung bình ở địa phương nơi thực hiện việc chi phí (nếu có) cho một trong những người chăm sóc cho người bị thiệt hại trong thời gian điều trị do cần thiết hoặc theo yêu cầu của cơ sở y tế.

+ Thu nhập thực tế bị mất của người chăm sóc người bị thiệt hại trong thời gian điều trị được xác định như sau:

Nếu người chăm sóc người bị thiệt hại có thu nhập thực tế ổn định từ tiền lương trong biên chế, tiền công từ hợp đồng lao động thì căn cứ vào mức lương, tiền công của tháng liền kề trước khi người đó phải đi chăm sóc người bị thiệt hại nhân với thời gian chăm sóc để xác định khoản thu nhập thực tế bị mất.

Nếu người chăm sóc người bị thiệt hại có làm việc và hằng tháng có thu nhập ổn định, nhưng có mức thu nhập khác nhau thì lấy mức thu nhập trung bình của 6 tháng liền kề (nếu chưa đủ 6 tháng thì của tất cả các tháng) trước khi người đó phải đi chăm sóc người bị thiệt hại nhân với thời gian chăm sóc để xác định khoản thu nhập thực tế bị mất.

Nếu người chăm sóc người bị thiệt hại không có việc làm hoặc có tháng làm việc, có tháng không và do đó không có thu nhập ổn định thì được hưởng tiền công chăm sóc bằng tiền công trung bình trả cho người chăm sóc người tàn tật tại địa phương nơi người bị thiệt hại cư trú.

Nếu trong thời gian chăm sóc người bị thiệt hại, người chăm sóc vẫn được cơ quan, người sử dụng lao động trả lương, trả tiền công lao động theo quy định của pháp luật lao động, bảo hiểm xã hội thì họ không bị mất thu nhập thực tế và do đó không được bồi thường.

- Trong trường hợp sau khi điều trị, người bị thiệt hại mất khả năng lao động và cần có người thường xuyên chăm sóc (người bị thiệt hại không còn khả năng lao động do bị liệt cột sống, mù hai mắt, liệt hai chi, bị tâm thần nặng và các trường hợp khác do cơ quan nhà nước có thẩm

quyền quy định bị suy giảm khả năng lao động vĩnh viễn từ 81% trở lên) thì phải bồi thường chi phí hợp lý cho việc chăm sóc người bị thiệt hại.

+ Chi phí hợp lý cho việc chăm sóc người bị thiệt hại bao gồm: chi phí hợp lý hằng tháng cho việc nuôi dưỡng, điều trị cho người bị thiệt hại và chi phí hợp lý cho người thường xuyên chăm sóc người bị thiệt hại.

+ Chi phí hợp lý cho người thường xuyên chăm sóc người bị thiệt hại được tính bằng mức tiền công trung bình trả cho người chăm sóc người tàn tật tại địa phương nơi người bị thiệt hại cư trú. Về nguyên tắc, chỉ tính bồi thường thiệt hại cho một người chăm sóc người bị thiệt hại do mất khả năng lao động.

- Khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần do sức khỏe bị xâm phạm.

+ Khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần do sức khỏe bị xâm phạm được bồi thường cho chính người bị thiệt hại.

+ Trong mọi trường hợp, khi sức khỏe bị xâm phạm, người bị thiệt hại được bồi thường khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần. Cần căn cứ vào hướng dẫn tại điểm b tiểu mục 1.1 Mục 1 Phần I Nghị quyết số 03/2006/NQ-HĐTP để xác định mức độ tổn thất về tinh thần của người bị thiệt hại. Việc xác định mức độ tổn thất về tinh thần cần căn cứ vào sự ảnh hưởng đến nghề nghiệp, thẩm mỹ, giao tiếp xã hội, sinh hoạt gia đình và cá nhân, v.v..

+ Mức bồi thường khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần cho người bị thiệt hại trước hết do các bên thỏa thuận. Nếu không thỏa thuận được, thì mức bồi thường khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần cho người bị thiệt hại phải căn cứ vào mức độ tổn thất về tinh thần, nhưng tối đa không quá 60 lần mức lương cơ sở do Nhà nước quy định tại thời điểm giải quyết bồi thường.

2. Thiệt hại do tính mạng bị xâm phạm

Thiệt hại do tính mạng bị xâm phạm được bồi thường bao gồm:

- Chi phí hợp lý cho việc cứu chữa, bồi dưỡng chăm sóc người bị thiệt hại trước khi chết bao gồm: các chi phí như đã nêu tại phần xác định thiệt hại do sức khỏe bị xâm phạm đã nói ở trên.

- Chi phí hợp lý cho việc mai táng bao gồm: các khoản tiền mua quan tài, các vật dụng cần thiết cho việc khâm liệm, khăn tang, hương, nến, hoa, thuê xe tang và các khoản chi khác phục vụ cho việc chôn cất hoặc hỏa táng nạn nhân theo thông lệ chung. Không chấp nhận yêu cầu bồi thường chi phí cúng tế, lễ bái, ăn uống, xây mộ, bốc mộ, v.v..

- Khoản tiền cấp dưỡng cho những người mà người bị thiệt hại có nghĩa vụ cấp dưỡng trước khi chết. Cụ thể:

+ Chỉ xem xét khoản tiền cấp dưỡng cho những người mà người bị thiệt hại có nghĩa vụ cấp dưỡng, nếu trước khi tính mạng bị xâm phạm người bị thiệt hại thực tế đang thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng. Những người đang được người bị thiệt hại cấp dưỡng được bồi thường khoản tiền cấp dưỡng tương ứng. Đối với những người mà người bị thiệt hại đang thực hiện nghĩa vụ nuôi dưỡng, thì sau khi người bị thiệt hại bị xâm phạm tính mạng, những người này được bồi thường khoản tiền cấp dưỡng hợp lý phù hợp với thu nhập và khả năng thực tế của người phải bồi thường, nhu cầu thiết yếu của người được bồi thường. Thời điểm cấp dưỡng được xác định kể từ thời điểm tính mạng bị xâm phạm.

+ Đối tượng được bồi thường khoản tiền cấp dưỡng.

Vợ hoặc chồng không có khả năng lao động, không có tài sản để tự nuôi mình và được chồng hoặc vợ là người bị thiệt hại đang thực hiện nghĩa vụ nuôi dưỡng;

Con chưa thành niên hoặc con đã thành niên nhưng không có khả năng lao động, không có tài sản để tự nuôi mình mà cha, mẹ là người bị thiệt hại đang thực hiện nghĩa vụ nuôi dưỡng;

Cha, mẹ là người không có khả năng lao động, không có tài sản để tự nuôi mình mà con là người bị thiệt hại đang thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng;

Vợ hoặc chồng sau khi ly hôn đang được bên kia (chồng hoặc vợ trước khi ly hôn) là người bị thiệt hại đang thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng;

Con chưa thành niên hoặc con đã thành niên không có khả năng lao động, không có tài sản để tự nuôi mình mà cha hoặc mẹ không trực tiếp nuôi dưỡng là người bị thiệt hại đang thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng;

Em chưa thành niên không có tài sản để tự nuôi mình hoặc em đã thành niên không có khả năng lao động, không có tài sản để tự nuôi mình trong trường hợp không còn cha mẹ hoặc cha mẹ không có khả năng lao động không có tài sản để cấp dưỡng cho con được anh, chị đã thành niên không sống chung với em là người bị thiệt hại đang thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng;

Anh, chị không có khả năng lao động, không có tài sản để tự nuôi mình mà em đã thành niên không sống chung với anh, chị là người bị thiệt hại đang thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng;

Cháu chưa thành niên hoặc cháu đã thành niên không có khả năng lao động, không có tài sản để tự nuôi mình và không còn người khác cấp dưỡng mà ông bà nội, ông bà ngoại không sống chung với cháu là người bị thiệt hại đang thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng;

Ông bà nội, ông bà ngoại không có khả năng lao động, không có tài sản để tự nuôi mình và không có người khác cấp dưỡng mà cháu đã thành niên không sống chung với ông bà nội, ông bà ngoại là người bị thiệt hại đang thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng.

Cô, dì, chú, cậu, bác ruột không sống chung với cháu ruột có nghĩa vụ cấp dưỡng cho cháu trong trường hợp cháu chưa thành niên hoặc cháu đã thành niên không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình mà không có người khác cấp dưỡng theo quy định của Luật hôn nhân và gia đình năm 2014.

Cháu đã thành niên không sống chung với cô, dì, chú, cậu, bác ruột có nghĩa vụ cấp dưỡng cho cô, dì, chú, cậu, bác ruột trong trường hợp người cần được cấp dưỡng không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình mà không có người khác cấp dưỡng theo quy định của Luật hôn nhân và gia đình năm 2014.

- Khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần do tính mạng bị xâm phạm:

+ Người được nhận khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần trong trường hợp này là những người thân thích thuộc hàng thừa kế thứ nhất của người bị thiệt hại bao gồm: vợ, chồng, cha đẻ, mẹ đẻ, cha nuôi, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi của người bị thiệt hại.

+ Trường hợp vợ, chồng, cha đẻ, mẹ đẻ, cha nuôi, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi của người bị thiệt hại không còn, thì người được nhận khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần là người mà người bị thiệt hại đã trực tiếp nuôi dưỡng và người đã trực tiếp nuôi dưỡng người bị thiệt hại.

+ Trong mọi trường hợp, khi tính mạng bị xâm phạm, những người thân thích thuộc hàng thừa kế thứ nhất hoặc người mà người bị thiệt hại đã trực tiếp nuôi dưỡng và người đã trực tiếp nuôi dưỡng người bị thiệt hại (sau đây gọi chung là người thân thích) của người bị thiệt hại được bồi thường khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần. Cách xác định mức độ tổn thất về tinh thần của những người thân thích của người bị thiệt hại cũng giống như đã nêu ở phần thiệt hại do sức khỏe bị xâm phạm đã nói ở trên. Việc xác định mức độ tổn thất về tinh thần phải căn cứ vào địa vị của người bị thiệt hại trong gia đình, mối quan hệ trong cuộc sống giữa người bị thiệt hại và những người thân thích của người bị thiệt hại, v.v..

+ Mức bồi thường chung khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần trước hết do các bên thỏa thuận. Nếu không thỏa thuận được thì mức bồi thường phải căn cứ vào mức độ tổn thất về tinh thần, số lượng người thân thích của người bị thiệt hại, nhưng tối đa không quá 100 lần mức lương cơ sở do Nhà nước quy định tại thời điểm giải quyết bồi thường để xác định.

3. Thiệt hại do danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm

Thiệt hại do danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm gồm có thiệt hại do danh dự, nhân phẩm, uy tín của cá nhân bị xâm phạm; thiệt hại do danh dự, uy tín của tổ chức bị xâm phạm.

- Chi phí hợp lý để hạn chế, khắc phục thiệt hại bao gồm: Chi phí

cần thiết cho việc thu hồi ấn phẩm có nội dung xúc phạm danh dự, nhân phẩm, uy tín của người bị thiệt hại; chi phí cho việc thu thập tài liệu, chứng cứ chứng minh danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm; Tiền tàu, xe đi lại, thuê nhà trọ (nếu có) theo giá trung bình ở địa phương nơi thực hiện việc chi phí để yêu cầu cơ quan chức năng xác minh sự việc, cải chính trên các phương tiện thông tin đại chúng; chi phí tổ chức xin lỗi, cải chính công khai tại nơi cư trú hoặc nơi làm việc của người bị thiệt hại và các chi phí thực tế, cần thiết khác để hạn chế, khắc phục thiệt hại (nếu có).

- Thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút.

+ Nếu trước khi danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm, người bị xâm phạm có thu nhập thực tế, nhưng do danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm người bị xâm phạm phải thực hiện những công việc để hạn chế, khắc phục thiệt hại, nên khoản thu nhập thực tế của họ bị mất hoặc bị giảm sút, thì họ được bồi thường khoản thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút đó.

+ Việc xác định thu nhập thực tế của người bị xâm phạm và việc xác định thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút của người bị xâm phạm giống như cách xác định đối với trường hợp gây thiệt hại do xâm phạm về sức khỏe như đã nói ở trên.

- Khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần do danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm.

+ Khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần do danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm được bồi thường cho chính người bị xâm phạm.

+ Trong mọi trường hợp khi danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm, người bị xâm phạm được bồi thường khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần. Cách xác định mức độ tổn thất về tinh thần của những người thân thích của người bị thiệt hại cũng giống như đã nêu ở phần thiệt hại do sức khỏe bị xâm phạm đã nói ở trên. Việc xác định mức độ tổn thất về tinh thần phải căn cứ vào hình thức xâm phạm (bằng lời nói; đăng trên báo viết hay báo hình, v.v.), hành vi xâm phạm, mức độ lan truyền thông tin xúc phạm, v.v..

+ Mức bồi thường khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần cho người bị xâm phạm trước hết do các bên thỏa thuận. Nếu không thỏa thuận được, thì mức bồi thường khoản tiền bù đắp tổn thất về tinh thần phải căn cứ vào mức độ tổn thất về tinh thần, nhưng tối đa không quá 10 lần mức lương cơ sở do Nhà nước quy định tại thời điểm giải quyết bồi thường.

Cần lưu ý rằng, Bộ luật dân sự năm 2015 đã có những quy định mới về mức bồi thường tổn thất về tinh thần khi sức khỏe, tính mạng, danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm so với Bộ luật dân sự năm 2005.

VI. THU THẬP, KIỂM TRA, SỬ DỤNG, ĐÁNH GIÁ CHỨNG CỨ

Trong quá trình thu thập, kiểm tra, sử dụng, đánh giá chứng cứ, Luật sư cần lưu ý:

- Trong vụ án bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, việc thu thập, kiểm tra, sử dụng, đánh giá chứng cứ chủ yếu nhằm chứng minh làm rõ ba yếu tố trong căn cứ làm phát sinh trách nhiệm bồi thường. Đó là: (1) Có thiệt hại xảy ra hay không; (2) Có hành vi vi phạm pháp luật hay không; (3) Có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm pháp luật và thiệt hại xảy ra hay không. Chỉ cần thiếu một trong các yếu tố trên thì không làm phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.

- Tùy từng vụ án Luật sư bảo vệ quyền lợi cho nguyên đơn, bị đơn hay người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan mà tiến hành thu thập chứng cứ và đánh giá, sử dụng chứng cứ chứng minh.

Nếu Luật sư bảo vệ quyền lợi cho phía người gây thiệt hại thì cần thu thập các chứng cứ về loại trừ trách nhiệm bồi thường, trách nhiệm liên đới bồi thường, giảm trách nhiệm bồi thường.

Nếu Luật sư bảo vệ quyền lợi cho người bị thiệt hại thì cần thu thập chứng cứ chứng minh việc yêu cầu bồi thường là có căn cứ, chứng minh từng khoản thiệt hại thực tế và mức độ thiệt hại. Các biên bản do cơ quan hành chính có thẩm quyền lập như biên bản vi phạm hành chính, quyết định xử lý vi phạm hành chính; các tài liệu, chứng cứ do cơ quan công an lập và thu thập; các giấy chứng nhận thương tích, bệnh án, biên bản giám định, v.v., là những văn bản rất quan trọng có ý nghĩa chứng minh về hành vi vi phạm pháp luật.

Đối với thiệt hại xảy ra, tùy từng trường hợp mà thiệt hại phải được xác định cụ thể như tài sản bị mất, bị hủy hoại, bị hư hỏng; những chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại; những chi phí hợp lý cho việc cứu chữa, chăm sóc, bồi dưỡng phục hồi sức khỏe của người bị thiệt hại về sức khỏe; thu nhập thực tế cho việc bị mất hoặc bị giảm sút; những chi phí hợp lý cho việc mai táng, v.v.. Các tài liệu, chứng cứ về chi phí thực tế phải có hóa đơn, chứng từ hoặc biên nhận hợp lệ phù hợp với tính chất, mức độ thiệt hại, phù hợp với giá trung bình ở địa phương tại thời điểm chi phí thì mới được chấp nhận.

- Đối với từng vụ án khác nhau về bồi thường thiệt hại như: Thiệt hại do người dùng chất kích thích gây ra; Thiệt hại do người của pháp nhân gây ra; Thiệt hại do người thi hành công vụ gây ra; Thiệt hại do người dưới mười lăm tuổi, người mất năng lực hành vi dân sự gây ra trong thời gian trường học, bênh viện, pháp nhân khác quản lý; Thiệt hại do người làm công, người học nghề gây ra; Thiệt hại do làm ô nhiễm môi trường gây ra; Thiệt hại do tài sản gây ra, do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra, do súc vật gây ra, do cây cối gây ra, do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra, v.v., Luật sư tiến hành thu thập, sử dụng các chứng cứ liên quan cần thiết phục vụ cho yêu cầu chứng minh bảo vệ quyền lợi của thân chủ.

Mặt khác, kinh nghiệm cho thấy, ngoài việc chủ động thu thập chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu của thân chủ là có căn cứ, Luật sư cần chú ý kiểm tra, đánh giá các chứng cứ do phía đối lập quyền lợi với thân chủ của Luật sư đưa ra để từ đó có nhận định việc yêu cầu bồi thường hay phản bác yêu cầu bồi thường có căn cứ hay không. Không ít trường hợp chỉ cần sử dụng, phân tích đánh giá chứng cứ do phía bên có quyền lợi đối lập đưa ra Luật sư cũng đủ căn cứ chứng minh bảo vệ quyền lợi của thân chủ.

- Trong số các vụ án bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng thì các vụ án mà thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra chiếm số lượng lớn. Đối với các vụ án này, Tòa án nhân dân tối cao đã có hướng dẫn tại Nghị quyết số 03/2006/NQ-HĐTP. Cụ thể:

Xác định nguồn nguy hiểm cao độ:

- Khi có phương tiện giao thông, công trình, vật chất hoặc thú nuôi gây ra thiệt hại, để có căn cứ áp dụng các khoản 2, 3 và 4 Điều 601 Bộ luật dân sự năm 2015 xác định trách nhiệm bồi thường thiệt hại thì phải xác định nguồn gây ra thiệt hại có phải là nguồn nguy hiểm cao độ hay không.

- Để xác định nguồn nguy hiểm cao độ cần phải căn cứ vào khoản 1 Điều 601 Bộ luật dân sự năm 2015 và văn bản quy phạm pháp luật khác có liên quan hoặc quy định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về lĩnh vực cụ thể đó. Ví dụ, để xác định phương tiện giao thông có phải là phương tiện vận tải cơ giới thì phải căn cứ vào Luật giao thông đường bộ năm 2008. Theo quy định tại khoản 18 Điều 3 Luật giao thông đường bộ năm 2008 thì phương tiện giao thông cơ giới đường bộ (sau đây gọi là xe cơ giới) gồm xe ô tô; máy kéo; rơ moóc hoặc sơ mi rơ moóc được kéo bởi xe ô tô, máy kéo; xe mô tô hai bánh; xe mô tô ba bánh; xe gắn máy (kể cả xe máy điện) và các loại xe tương tự.

Xác định trách nhiệm bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra:

- Chủ sở hữu nguồn nguy hiểm cao độ đang chiếm hữu, sử dụng nguồn nguy hiểm cao độ phải bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra. Việc chiếm hữu, sử dụng nguồn nguy hiểm của chủ sở hữu thể hiện ở việc đang thực hiện mọi hành vi theo ý chí của mình để nắm giữ, quản lý nguồn nguy hiểm cao độ nhưng không trái pháp luật, đạo đức xã hội; để khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ nguồn nguy hiểm cao độ.

- Người được chủ sở hữu nguồn nguy hiểm cao độ giao chiếm hữu, sử dụng nguồn nguy hiểm cao độ theo đúng quy định của pháp luật phải bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra, trừ trường hợp giữa chủ sở hữu và người được giao chiếm hữu, sử dụng có thỏa thuận khác không trái pháp luật, đạo đức xã hội hoặc không nhằm trốn tránh việc bồi thường.

Ví dụ, các thỏa thuận sau đây là không trái pháp luật, đạo đức xã hội hoặc không nhằm trốn tránh việc bồi thường:

+ Thỏa thuận cùng nhau liên đới chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại;

+ Thỏa thuận chủ sở hữu bồi thường thiệt hại trước, sau đó người được giao chiếm hữu, sử dụng sẽ hoàn trả cho chủ sở hữu khoản tiền đã bồi thường;

+ Ai có điều kiện về kinh tế hơn thì người đó thực hiện việc bồi thường thiệt hại trước.

Trong trường hợp chủ sở hữu nguồn nguy hiểm cao độ giao cho người khác chiếm hữu, sử dụng nguồn nguy hiểm cao độ không đúng quy định của pháp luật mà gây thiệt hại, thì chủ sỡ hữu phải bồi thường thiệt hại.

Ví dụ, chủ sở hữu biết người đó không có bằng lái xe ô tô, nhưng vẫn giao quyền chiếm hữu, sử dụng cho họ mà gây thiệt hại thì chủ sở hữu phải bồi thường thiệt hại.

- Về nguyên tắc, chủ sở hữu, người được chủ sở hữu giao chiếm hữu, sử dụng hợp pháp nguồn nguy hiểm cao độ phải bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra cả khi không có lỗi, trừ các trường hợp sau đây:

+ Thiệt hại xảy ra là hoàn toàn do lỗi cố ý của người bị thiệt hại.

+ Ví dụ, xe ô tô đang tham gia giao thông theo đúng quy định của pháp luật, thì bất ngờ có người lao vào xe để tự tử và hậu quả là người này bị thương nặng hoặc bị chết. Trong trường hợp này chủ sở hữu, người được chủ sở hữu giao chiếm hữu, sử dụng hợp pháp xe ô tô đó không phải bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ (xe ô tô) gây ra.

+ Thiệt hại xảy ra trong trường hợp bất khả kháng hoặc tình thế cấp thiết, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác. Cần chú ý là trong trường hợp pháp luật có quy định khác về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra trong trường hợp bất khả kháng

hoặc tình thế cấp thiết thì trách nhiệm bồi thường thiệt hại được thực hiện theo quy định của văn bản quy phạm pháp luật đó.

- Người chiếm hữu, sử dụng trái pháp luật nguồn nguy hiểm cao độ phải bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra, nếu chủ sở hữu, người được chủ sở hữu giao chiếm hữu, sử dụng hợp pháp không có lỗi trong việc để nguồn nguy hiểm cao độ bị chiếm hữu, sử dụng trái pháp luật (đã tuân thủ các quy định về bảo quản, trông giữ, vận chuyển, sử dụng nguồn nguy hiểm cao độ theo đúng các quy định của pháp luật).

Nếu chủ sở hữu, người được chủ sở hữu giao chiếm hữu, sử dụng hợp pháp có lỗi trong việc để nguồn nguy hiểm cao độ bị chiếm hữu, sử dụng trái pháp luật (không tuân thủ hoặc tuân thủ không đầy đủ các quy định về bảo quản, trông giữ, vận chuyển, sử dụng nguồn nguy hiểm cao độ theo quy định của pháp luật) thì phải liên đới cùng với người chiếm hữu, sử dụng trái pháp luật bồi thường thiệt hại do nguồn nguy hiểm cao độ gây ra.

- Nếu chủ sở hữu nguồn nguy hiểm cao độ đã giao nguồn nguy hiểm cao độ cho người khác mà gây thiệt hại thì phải xác định trong trường hợp cụ thể đó người được giao nguồn nguy hiểm cao độ có phải là người chiếm hữu, sử dụng nguồn nguy hiểm cao độ hay không để xác định ai có trách nhiệm bồi thường thiệt hại.

Ví dụ, A là chủ sở hữu xe ô tô đã giao xe ô tô đó cho B. B lái xe ô tô tham gia giao thông đã gây tai nạn và gây thiệt hại thì cần phải phân biệt:

+ Nếu B chỉ được A thuê lái xe ô tô và được trả tiền công, có nghĩa B không phải là người chiếm hữu, sử dụng xe ô tô đó mà A vẫn chiếm hữu, sử dụng; do đó, A phải bồi thường thiệt hại.

+ Nếu B được A giao xe ô tô thông qua hợp đồng thuê tài sản, có nghĩa A không còn chiếm hữu, sử dụng xe ô tô đó mà B là người chiếm hữu, sử dụng hợp pháp; do đó, B phải bồi thường thiệt hại. Nếu trong trường hợp này được sự đồng ý của A, B giao xe ô tô cho C thông qua hợp đồng cho thuê lại tài sản, thì C là người chiếm hữu, sử dụng hợp pháp xe ô tô đó; do đó, C phải bồi thường thiệt hại.

VII. NGHIÊN CỨU HỒ SƠ, XÂY DỰNG PHƯƠNG ÁN BẢO VỆ QUYỀN LỢI KHÁCH HÀNG

1. Nghiên cứu hồ sơ vụ án

Nghiên cứu hồ sơ vụ án là một công việc hết sức quan trọng, đòi hỏi Luật sư phải vừa tỉ mỉ, phải vừa bao quát để từ những chi tiết nhỏ nhất để tổng hợp khái quát làm rõ vấn đề cần chứng minh, hình thành lập luận, quan điểm bảo vệ quyền lợi cho khách hàng. Trong vụ án bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, dù là Luật sư bảo vệ quyền lợi cho nguyên đơn hay bị đơn thì việc nghiên cứu hồ sơ vụ án trước hết đều nhằm làm rõ các căn cứ làm phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại, tức có hành vi vi phạm pháp luật hay không, có thiệt hại xảy ra hay không, có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm pháp luật và thiệt hại xảy ra hay không. Sau đó tùy thuộc vào tư cách tham gia tố tụng và yêu cầu của khách hàng mà Luật sư đi sâu nghiên cứu những tài liệu, chứng cứ có ý nghĩa quan trọng trong việc chứng minh cho yêu cầu của khách hàng là có căn cứ, phù hợp với thực tế.

Có thể mô tả quá trình nghiên cứu hồ sơ của Luật sư như sau:

- Nghiên cứu toàn bộ hồ sơ vụ án:

+ Đọc hết qua một lượt toàn bộ hồ sơ vụ án;

+ Ghi chép các sự kiện chính theo ngày tháng, theo nội dung vụ việc, theo sự kiện;

+ Sắp xếp và nghiên cứu các chứng cứ;

+ Nhận diện nội dung của vụ việc, bản chất của vấn đề cần giải quyết để tìm ra giải pháp có lợi cho khách hàng của mình.

- Nghiên cứu hồ sơ do nguyên đơn cung cấp:

+ Nghiên cứu đơn khởi kiện;

+ Nghiên cứu các tài liệu, chứng cứ kèm theo đơn khởi kiện cũng như các tài liệu, chứng cứ khác được cung cấp sau đó;

+ Nghiên cứu các yêu cầu của nguyên đơn.

- Nghiên cứu hồ sơ do bị đơn cung cấp:

+ Nghiên cứu văn bản của bị đơn trả lời yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn; đơn phản tố của bị đơn (nếu có);

+ Nghiên cứu các tài liệu do bị đơn cung cấp.

- Nghiên cứu hồ sơ tố tụng của Tòa án:

+ Nghiên cứu các văn bản tố tụng;

+ Nghiên cứu các bản tự khai, biên bản lấy lời khai của các đương sự;

+ Nghiên cứu các kết luận giám định, biên bản định giá, bản vẽ hiện trường, biên bản khám nghiệm hiện trường, tang vật, v.v.

- Nghiên cứu các văn bản pháp luật, các tài liệu khác do các đương sự cung cấp hoặc do Tòa án thu thập.

Trong quá trình nghiên cứu hồ sơ, Luật sư cần lưu ý:

- Phải đọc, nghiên cứu tất cả các tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ vụ án, không được bỏ qua bất kỳ một tài liệu, chứng cứ nào. Luôn quán triệt quan điểm đối với Luật sư, mọi chứng cứ đều quan trọng và bổ ích.

- Phân loại tài liệu, chứng cứ về tố tụng, về nội dung, hoặc về từng vấn đề cần chứng minh để tập trung nghiên cứu kỹ những tài liệu, chứng cứ có ý nghĩa làm rõ vấn đề cần giải quyết trong vụ án.

- Đối với Luật sư bảo vệ quyền lợi cho nguyên đơn, cần chú ý nghiên cứu kỹ các tài liệu, chứng cứ, lời khai của phía bị đơn và ngược lại, nếu là Luật sư bảo vệ quyền lợi cho bị đơn thì càng phải chú ý nghiên cứu kỹ các tài liệu, chứng cứ, lời khai của nguyên đơn để nắm rõ được điểm mạnh, điểm yếu của đối phương, từ đó chủ động trong việc chuẩn bị lập luận phản bác ý kiến.

- Qua việc nghiên cứu hồ sơ vụ án, Luật sư rút ra được những vấn đề trọng tâm cần phải giải quyết trong từng vụ án phù hợp với lợi ích của khách hàng. Từ vấn đề trọng tâm được xác định, Luật sư xác định những vấn đề cần phải làm rõ tại phiên tòa. Việc làm rõ được thể hiện thông qua phần hỏi và đặc biệt là phần tranh luận tại phiên tòa.

2. Xây dựng phương án bảo vệ quyền lợi của khách hàng

Trước hết, Luật sư cần phải đánh giá xem yêu cầu, ý kiến của thân chủ có căn cứ pháp lý hay không để đưa ra phương án phù hợp, có lợi nhất cho họ. “Mềm nắn, rắn buông” là một trong những phương châm Luật sư cần chú ý. Theo đó, nếu yêu cầu, ý kiến của thân chủ là có căn cứ thì kiên định bảo vệ, nếu thấy thế yếu, khó bảo vệ được thì chọn phương án mềm dẻo, hòa giải để có thể đạt được sự thỏa thuận có lợi hơn cho thân chủ thay vì để Tòa án quyết định theo quy định của pháp luật. Cũng cần phải nói thêm rằng, kể cả trong trường hợp yêu cầu của thân chủ là có căn cứ thì Luật sư cũng nên hướng các bên hòa giải để đạt được sự thỏa thuận về giải quyết vụ tranh chấp.

Để chuẩn bị cho phiên tòa, Luật sư cần xác định phương án xét hỏi và trao đổi với khách hàng những vấn đề trọng tâm mà các Luật sư, Hội đồng xét xử, đại diện Viện kiểm sát tham gia phiên tòa sẽ tập trung làm rõ, đặc biệt là trao đổi để thống nhất về nội dung trả lời đối với những câu hỏi dự kiến được đặt ra đối với khách hàng. Cần lưu ý là theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 thì trình tự hỏi tại phiên tòa đã có sự thay đổi so với trước đây, theo đó nguyên đơn và người bảo vệ quyền lợi cho nguyên đơn sẽ hỏi trước, tiếp đến bị đơn và người bảo vệ quyền lợi hợp pháp của bị đơn hỏi, sau đó người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan và người bảo vệ quyền lợi hợp pháp của người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan hỏi. Sau phần hỏi của các đương sự và người bảo vệ quyền lợi hợp pháp của họ thì mới đến phần hỏi của Chủ tọa phiên tòa, Hội thẩm nhân dân, Kiểm sát viên tham gia phiên tòa, nếu có. Chính sự thay đổi này đòi hỏi Luật sư phải nghiên cứu kỹ hồ sơ vụ án và chuẩn bị thật kỹ phương án xét hỏi.

Việc chuẩn bị trước luận cứ bảo vệ quyền lợi cho khách hàng là hết sức quan trọng và cần thiết. Dù là Luật sư của nguyên đơn hay Luật sư của bị đơn, của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan thì đối với vụ án bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, bản luận cứ của Luật sư đều phải làm rõ các vấn đề xoay quanh nội dung trả lời các câu hỏi: Có hành vi vi phạm pháp luật hay không; Ai là người có hành vi vi phạm; Có thiệt hại

xảy ra hay không và ai bị thiệt hại; Xác định thiệt hại cụ thể là gì, bao nhiêu; Những thiệt hại đó có phải là hậu quả do hành vi trái pháp luật gây ra hay không; Ai phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại; Thiệt hại được bồi thường toàn bộ hay một phần, vì sao; v.v.. Nếu là Luật sư bảo vệ quyền lợi cho nguyên đơn, cần phải chứng minh yêu cầu bồi thường thiệt hại của nguyên đơn là có căn cứ, đúng pháp luật, phù hợp với thực tế; ngược lại Luật sư bảo vệ quyền lợi cho bị đơn thì lập luận phản bác yêu cầu của nguyên đơn, chứng minh yêu cầu của nguyên đơn là không có căn cứ hợp pháp.

Trong bản luận cứ bảo vệ quyền lợi cho khách hàng, ngoài nội dung chung như giới thiệu họ tên, tổ chức hành nghề và căn cứ để Luật sư tham gia tố tụng trong vụ án; trình bày tóm tắt nội dung vụ việc; các lập luận chứng minh cho yêu cầu của khách hàng và phản bác lại ý kiến/ yêu cầu của phía bên kia, v.v., Luật sư cần chú ý nêu rõ căn cứ pháp lý bằng việc chỉ rõ điều luật cần áp dụng, tính phù hợp với thực tế và tập quán địa phương, phù hợp với hoàn cảnh của người phải bồi thường và người được bồi thường để đề nghị hướng giải quyết có lợi nhất cho khách hàng của mình.

Bản luận cứ dù được chuẩn bị tốt như thế nào cũng chỉ là quan điểm ban đầu của Luật sư trên cơ sở nghiên cứu hồ sơ vụ án. Thực tế qua tranh tụng tại phiên tòa mới là "chất liệu" quan trọng để Luật sư bổ sung và hoàn thiện luận cứ trình bày trước tòa.

Chương 16
KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG VỤ ÁN TRANH CHẤP LAO ĐỘNG

Hiện nay, pháp luật của hầu hết các quốc gia trên thế giới đều quy định cơ chế giải quyết những bất đồng, xung đột của hai bên chủ thể trong mối quan hệ lao động. Tùy theo điều kiện cụ thể của mỗi nước mà quan niệm và cơ chế giải quyết tranh chấp lao động có sự khác biệt.

Khoản 1 Điều 157 Bộ luật lao động năm 1994 sửa đổi, bổ sung năm 2002, 2006, 2007 của Việt Nam quy định: "tranh chấp lao động là những tranh chấp về quyền và lợi ích phát sinh trong quan hệ lao động giữa người lao động, tập thể người lao động với người sử dụng lao động". Có thể nói, đây là một định nghĩa tương đối hoàn chỉnh, không những chỉ ra được nội dung tranh chấp mà còn phân biệt được đối tượng tranh chấp trong lĩnh vực lao động.

Kế thừa khoản 7 Điều 3 Bộ luật lao động năm 1994 sửa đổi, bổ sung năm 2002, 2006, 2007 và khoản 7 Điều 3 Bộ luật lao động năm 2012 sửa đổi, bổ sung năm 2015 (Sau đây gọi tắt là Bộ luật lao động năm 2012) cũng quy định: "Tranh chấp lao động là tranh chấp về quyền, nghĩa vụ và lợi ích phát sinh giữa các bên trong quan hệ lao động".

Như vậy, chỉ những tranh chấp có nguồn gốc phát sinh từ những mâu thuẫn phải giải quyết trong phạm vi quan hệ lao động mới là tranh chấp lao động. Nếu những bất đồng, mâu thuẫn của các bên không xuất phát từ quá trình quản lý, sử dụng và thuê mướn lao động thì không gọi là tranh chấp lao động.

I. TÍNH CHẤT, ĐẶC ĐIỂM TRANH CHẤP VỀ LAO ĐỘNG

Trước hết tranh chấp lao động phải xuất phát từ quan hệ lao động; tức các tranh chấp phát sinh trong quá trình quản lý, sử dụng và thuê mướn lao động; nếu tranh chấp không khởi phát từ quan hệ lao động thì không thể là tranh chấp lao động.

Tranh chấp lao động không chỉ là tranh chấp về quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ lao động, mà còn bao gồm tranh chấp về lợi ích giữa hai bên chủ thể trong quan hệ lao động. Tùy vào tính chất của vụ việc tranh chấp có thể phân biệt là tranh chấp về quyền và tranh chấp về lợi ích.

Tranh chấp lao động là loại tranh chấp có tác động trực tiếp và có ảnh hưởng rất lớn đến bản thân và gia đình người lao động, thậm chí các tranh chấp lao động tập thể trong nhiều trường hợp còn có thể tác động xấu đến an ninh và trật tự công cộng cũng như đời sống kinh tế, chính trị của đất nước. Tùy thuộc tính chất và quy mô tranh chấp mà những tác động có thể khác nhau. Cụ thể, nếu là tranh chấp lao động cá nhân thì hậu quả thường hạn chế, tác động không nghiêm trọng bằng tranh chấp lao động tập thể.

II. CÁC LOẠI TRANH CHẤP LAO ĐỘNG VÀ NHỮNG TRANH CHẤP LAO ĐỘNG PHỔ BIẾN TRONG THỰC TIỄN

1. Các loại tranh chấp lao động

Pháp luật lao động Việt Nam phân chia tranh chấp lao động thành hai loại: (1) Tranh chấp lao động cá nhân giữa người lao động với người sử dụng lao động; và (2) Tranh chấp lao động tập thể giữa tập thể lao động với người sử dụng lao động. Nếu tranh chấp lao động phát xuất từ một người lao động đối với người sử dụng lao động, ví dụ tranh chấp về trường hợp người lao động bị người sử dụng lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động, hoặc bị người sử dụng lao động xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải v.v., thì đó là tranh chấp lao động cá nhân giữa người lao động với người sử dụng lao động. Tuy nhiên, nếu tranh chấp xảy ra giữa tập thể người lao động trong phạm vi một

bộ phận thuộc cơ cấu tổ chức của doanh nghiệp (một nhóm người lao động) với người sử dụng lao động hay trong phạm vi toàn doanh nghiệp thì gọi là tranh chấp lao động tập thể.

Tranh chấp lao động tập thể được phân chia thành tranh chấp lao động tập thể về quyền và tranh chấp lao động tập thể về lợi ích.

Tranh chấp lao động tập thể về quyền là tranh chấp phát sinh trong quá trình thực hiện quyền và nghĩa vụ của các bên đã được quy định trong pháp luật lao động (Bộ luật lao động, các nghị định, thông tư hiện hành), thỏa ước lao động tập thể, nội quy lao động, hợp đồng lao động và/hoặc các thỏa thuận khác. Tranh chấp lao động tập thể về lợi ích là các tranh chấp lao động từ việc tập thể lao động yêu cầu xác lập về các điều kiện lao động mới chưa được pháp luật quy định cụ thể, chưa được các bên thỏa thuận trong thỏa ước lao động tập thể hoặc đã thỏa thuận trong thỏa ước lao động tập thể, nhưng với các yếu tố mới nảy sinh làm thay đổi, khiến các thỏa thuận trước đó không còn phù hợp vào thời điểm tranh chấp.

2. Những tranh chấp lao động phổ biến trong thực tiễn

Trong doanh nghiệp, trước các mâu thuẫn nảy sinh, nếu giữa người lao động hoặc đôi khi là tập thể lao động và người sử dụng lao động có sự cảm thông cho nhau, tìm cách giải quyết các bất đồng mới nảy sinh một cách hài hòa về quyền cũng như lợi ích giữa các bên thì mâu thuẫn đó không dẫn đến xung đột và không có tranh chấp lao động. Trường hợp ngược lại, nếu không dừng lại trong phạm vi doanh nghiệp thì mâu thuẫn sẽ tất yếu dẫn đến tranh chấp. Các tranh chấp lao động phổ biến là các tranh chấp lao động cá nhân giữa người sử dụng lao động với người lao động thường xuyên được Tòa án Việt Nam giải quyết.

a) Tranh chấp về trường hợp người lao động bị đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động:

Tranh chấp về trường hợp người lao động bị đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động là một trong những quan hệ tranh chấp về lao động phổ biến nhất và đang được Tòa án các cấp Việt Nam giải quyết nhiều nhất.

Theo quy định của pháp luật lao động, việc đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động là quyền của các chủ thể trong quan hệ lao động: Người lao động có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động với người sử dụng lao động (Điều 37 Bộ luật lao động năm 2012) hoặc người sử dụng lao động cũng có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động với người lao động (Điều 38 Bộ luật lao động năm 2012). Khi người lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động đúng theo các quy định tại Điều 37 Bộ luật lao động năm 2012 thì được xem là đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động đúng pháp luật, nếu không sẽ bị xem là đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật. Riêng người sử dụng lao động để được xem là đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động đúng pháp luật thì ngoài việc tuân thủ các quy định tại Điều 38 Bộ luật lao động năm 2012, còn phải tuân thủ các quy định tại Điều 39 Bộ luật lao động năm 2012, tức các trường hợp người sử dụng lao động không được thực hiện quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động đối với người lao động.

- Căn cứ pháp lý để người sử dụng lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động:

Quyết định đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động của người sử dụng lao động đối với người lao động phải đồng thời đáp ứng đủ ba điều kiện: (1) Phải có một trong những căn cứ được quy định tại khoản 1 Điều 38 Bộ luật lao động năm 2012; (2) Phải thực hiện nghĩa vụ báo trước cho người lao động đúng với loại hợp đồng lao động theo quy đinh tại khoản 2 Điều 38 Bộ luật lao động năm 2012; (3) Không vi phạm quy định tại Điều 39 Bộ luật lao động năm 2012 về các trường hợp người sử dụng lao động không được quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động với người lao động. Người sử dụng lao động chỉ cần vi phạm một trong ba điều kiện kể trên là đã đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật.

Riêng trường hợp đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động với người lao động là cán bộ công đoàn không chuyên trách thì ngoài các điều kiện kể trên, người sử dụng lao động còn phải tuân theo quy định tại khoản 7 Điều 192 Bộ luật lao động năm 2012.

- Phương cách chứng minh của Luật sư nguyên đơn và Luật sư bị đơn:

Trong vụ kiện về trường hợp người lao động bị người sử dụng lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động thì Luật sư của mỗi bên đương nhiên phải có cách thức chứng minh khác nhau vì hai bên đang đối lập với nhau về quyền và nghĩa vụ. Luật sư của người lao động (tức Luật sư của nguyên đơn) chỉ cần chứng minh người sử dụng lao động vi phạm một trong ba điều kiện nói trên là đủ để chứng minh tính trái pháp luật của quyết định chấm dứt hợp đồng lao động. Tuy nhiên, Luật sư của người sử dụng lao động (tức Luật sư của bị đơn) buộc phải chứng minh người sử dụng lao động đã tuân thủ đúng cả ba điều kiện như trên mới chứng minh được quyết định chấm dứt hợp đồng lao động là đúng pháp luật.

Trước khi Bộ luật lao động năm 2012 có hiệu lực thi hành, việc xác định thế nào là đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động đúng hoặc trái pháp luật còn nhiều lúng túng và bất cập, bởi có nhiều văn bản dưới luật đưa ra những hướng dẫn có thể được hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau, nên việc áp dụng rất khó thống nhất, dễ dẫn đến tùy tiện, không đúng tinh thần của Bộ luật lao động. Tuy nhiên, với sự ra đời của Bộ luật lao động năm 2012, có thể nói, lần đầu tiên các nhà làm luật đã đưa ra một định nghĩa ngắn gọn, đơn giản, dễ hiểu, nhưng xúc tích và đơn nghĩa. Đó là, đưa thẳng Điều 41 vào Bộ luật lao động năm 2012 như một điều khoản hoàn toàn mới. Theo quy định này, chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật là các trường hợp chấm dứt hợp đồng lao động không đúng quy định tại các Điều 37, 38 và 39 của Bộ luật lao động năm 2012. Không đúng quy định là không đúng toàn bộ nội dung của điều luật. Rõ ràng quy định tại Điều 41 Bộ luật lao động năm 2012 về đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật đã giải thích được đầy đủ các trường hợp đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật cả của người lao động lẫn người sử dụng lao động.

- Hậu quả pháp lý của việc đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật:

Khi một quyết định đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động bị Tòa án xác định là trái pháp luật thì người sử dụng lao động phải gánh chịu

hậu quả pháp lý khá nặng nề theo quy định tại Điều 42 Bộ luật lao động năm 2012. Cụ thể, phải nhận người lao động làm việc trở lại theo hợp đồng lao động đã giao kết và phải trả tiền lương, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế trong những ngày người lao động không được làm việc cộng với ít nhất 02 tháng tiền lương theo hợp đồng lao động.

Quy định trên trong thực tế đã trở thành gánh nặng tài chính cho doanh nghiệp, bởi khi người lao động được tư vấn biết rõ là người sử dụng lao động đã đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật với mình thì ít khi người lao động khởi kiện ngay mà để chờ đến khi gần hết thời hiệu khởi kiện mới khởi kiện; nhất là đối với loại hợp đồng lao động không xác định thời hạn; từ đó khoản phải chi trả của người sử dụng lao động là khá lớn. Cần nói rõ thêm là, quy định nhận người lao động làm việc trở lại theo hợp đồng lao động đã giao kết nghĩa là người sử dụng lao động phải nhận người lao động làm việc trở lại tại doanh nghiệp theo đúng công việc được quy định trong hợp đồng lao động, chứ không phải nhận người lao động trở lại làm việc với một công việc khác. Quy định này có thể khiến người sử dụng lao động đồng thời phải thương lượng với người lao động đã được tuyển dụng thay thế công việc của người lao động đã đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trước đó.

Trường hợp người lao động không muốn tiếp tục làm việc, thì ngoài khoản bồi thường trên đây, người sử dụng lao động phải trả khoản trợ cấp thôi việc theo quy định tại Điều 48 Bộ luật lao động năm 2012.

Trường hợp người sử dụng lao động không muốn nhận lại người lao động và được người lao động đồng ý thì ngoài các khoản bồi thường trên, hai bên thỏa thuận bồi thường thêm ít nhất bằng hai tháng tiền lương theo hợp đồng để chấm dứt hợp đồng lao động.

Ngoài ra, nếu vi phạm quy định về thời hạn báo trước theo khoản 2 Điều 38 Bộ luật lao động năm 2012, thì người sử dụng lao động phải bồi thường cho người lao động một khoản tiền tương ứng với tiền lương của người lao động trong những ngày không báo trước.

b) Tranh chấp về xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải:

Có thể nói đây là loại tranh chấp lao động tương đối phổ biến nhưng gay gắt nhất, bởi hai bên không chỉ đối kháng nhau về quyền lợi vật chất trước mắt, mà trong nhiều trường hợp người lao động còn bị thiệt hại về danh dự và uy tín, ảnh hưởng lâu dài; nhất là đối với người lao động từng đảm nhận các chức vụ quản lý quan trọng của doanh nghiệp. Vì vậy, pháp luật lao động đã quy định tương đối chặt chẽ việc xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải, mục đích để tránh việc người sử dụng lao động có thể lạm dụng quyền hạn khi xử lý kỷ luật lao động gây thiệt hại nhiều mặt cho người lao động.

- Căn cứ pháp lý để người sử dụng lao động xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động theo hình thức sa thải:

Sa thải là biện pháp xử lý kỷ luật lao động nặng nhất mà pháp luật lao động cho phép người sử dụng lao động được quyền lựa chọn khi xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động khi người lao động vi phạm vào một trong các trường hợp được quy định tại Điều 126 Bộ luật lao động năm 2012 và được cụ thể hóa trong bản Nội quy lao động.

Như vậy, về căn cứ pháp lý, để xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải thì hai yếu tố cần và đủ để người sử dụng lao động có thể áp dụng: (1) Hành vi vi phạm của người lao động phải thuộc các trường hợp quy định tại Điều 126 Bộ luật lao động năm 2012; (2) hành vi đó đã được quy định cụ thể tại bản Nội quy lao động của doanh nghiệp. Ngoài ra, khi xử lý kỷ luật lao động, người sử dụng lao động phải tuân thủ Điều 128 Bộ luật lao động năm 2012; theo đó cấm người sử dụng lao động xâm phạm thân thể người lao động hoặc áp dụng các hình thức phạt tiền, cắt lương thay cho việc xử lý kỷ luật lao động. Khi xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải, người sử dụng lao động còn phải tuân thủ các quy định về các trường hợp người sử dụng lao động không được xử lý kỷ luật đối với người lao động được quy định tại khoản 4 Điều 123 Bộ luật lao động năm 2012, như khi người lao động đang nghỉ ốm đau, điều dưỡng; nghỉ việc được sự đồng ý của người sử dụng lao động; người lao động đang bị tạm giữ, tam giam; đang chờ kết quả của

cơ quan có thẩm quyền điều tra xác minh và kết luận đối với hành vi vi phạm được quy định tại khoản 1 Điều 126 Bộ luật lao động năm 2012; người lao động nữ có thai, nghỉ thai sản; nuôi con nhỏ dưới 12 tháng tuổi và người lao động vi phạm kỷ luật lao động trong khi mắc bệnh tâm thần hoặc một bệnh khác mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của mình. Mặt khác, khi xử lý kỷ luật lao động, người sử dụng lao động phải xử lý trong một khoảng thời gian nhất định, chứ không thể kéo dài để lúc nào muốn xử lý kỷ luật lao động cũng được. Đó chính là thời hiệu xử lý kỷ luật lao động được quy định tại Điều 124 Bộ luật lao động năm 2012; theo đó thời hiệu xử lý kỷ luật lao động tối đa là 6 tháng kể từ ngày xảy ra vi phạm; trường hợp hành vi vi phạm liên quan trực tiếp đến tài chính, tài sản, bí mật công nghệ, bí mật kinh doanh của người sử dụng lao động thì thời hiệu xử lý kỷ luật lao động tối đa là 12 tháng.

- Nguyên tắc, trình tự xử lý vi phạm kỷ luật lao động:

Ngoài các căn cứ pháp lý trên, người sử dụng lao động còn phải tuân thủ nguyên tắc, trình tự xử lý vi phạm kỷ luật lao động được Bộ luật lao động năm 2012 quy định cụ thể tại Điều 123; theo đó, người sử dụng lao động phải chứng minh được lỗi của người lao động, khi họp xử lý phải có sự tham gia của đại diện tập thể lao động, (đại diện Ban chấp hành Công đoàn cơ sở tại các doanh nghiệp đã thành lập Công đoàn hoặc đại diện Ban chấp hành Công đoàn cấp trên, nếu doanh nghiệp chưa thành lập Công đoàn)[1], bản thân người lao động vi phạm, nếu người lao động dưới 18 tuổi còn có sự tham gia của cha mẹ hoặc người đại diện theo pháp luật của người lao động; việc họp xử lý kỷ luật phải được lập thành biên bản. Ngoài ra, khi xử lý, người sử dụng lao động không được áp dụng nhiều hình thức xử lý kỷ luật lao động đối với một hành vi vi phạm kỷ luật lao động; nếu người lao động đồng thời có nhiều hành vi vi phạm kỷ luật lao động thì chỉ áp dụng hình thức kỷ luật cao nhất tương ứng với hành vi vi phạm nặng nhất.

1. Khoản 1 Điều 30 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP ngày 12-01-2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số nội dung của Bộ luật lao động.

Để thực hiện thống nhất các quy định của Bộ luật lao động năm 2012, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 05/2015/NĐ-CP ngày 12-01-2015 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số nội dung của Bộ luật lao động, có hiệu lực kể từ ngày 01-3-2015; theo đó, Chính phủ đã hướng dẫn trình tự xử lý kỷ luật lao động tại Điều 123 Bộ luật lao động.

Như vậy khi Luật sư tham gia vụ kiện tranh chấp lao động về việc xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải thì ngoài các quy định của Bộ luật lao động, cần nghiên cứu kỹ Nghị định 05/2015/NĐ-CP để xem người sử dụng lao động có tuân thủ trình tự xử lý kỷ luật lao động hay không; từ đó Luật sư hình thành quan điểm chứng minh cho khách hàng tùy theo vị trí tố tụng tham gia bảo vệ cho nguyên đơn (người lao động) hay bị đơn (người sử dụng lao động).

- Phương cách chứng minh của Luật sư nguyên đơn và Luật sư bị đơn:

Đối với Luật sư của người sử dụng lao động, tức bị đơn trong vụ kiện tranh chấp xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải, phải chứng minh người sử dụng lao động khi xử lý kỷ luật đáp ứng đầy đủ các nội dung sau:

+ Doanh nghiệp có bản Nội quy lao động hợp pháp;

+ Có căn cứ pháp lý trong việc xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải, chứng minh người lao động có hành vi vi phạm thuộc các trường hợp quy định tại Điều 126 Bộ luật lao động năm 2012 và được quy định cụ thể tại bản Nội quy lao động;

+ Tuân thủ đúng nguyên tắc và đảm bảo trình tự xử lý kỷ luật lao động (khoản 1, 2, 3 Điều 123 Bộ luật lao động năm 2012);

+ Quyết định xử lý kỷ luật lao động sa thải do người có thẩm quyền ký;

+ Quyết định xử lý kỷ luật lao động sa thải được ký trong thời hiệu xử lý kỷ luật lao động (Điều 124 Bộ luật lao động năm 2012);

+ Không vi phạm các điều cấm của pháp luật khi xử lý kỷ luật lao động (khoản 4 và 5 Điều 123 Bộ luật lao động năm 2012).

Đối với Luật sư của người lao động (tức Luật sư của nguyên đơn), chỉ cần chứng minh người sử dụng lao động vi phạm một trong những nội dung kể trên là quyết định xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải đó đã trái pháp luật.

Trong tiến trình tham gia giải quyết tranh chấp xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải tại Tòa án, trách nhiệm của Luật sư của người sử dụng lao động thường nặng nề hơn Luật sư của người lao động, bởi trong thực tế, người sử dụng lao động thường lạm dụng hình thức xử lý này, dẫn đến việc xử lý kỷ luật sa thải tùy tiện; trong khi đó pháp luật lao động lại quy định khá nghiêm ngặt về việc này, nên quyết định xử lý sa thải dễ bị Tòa án các cấp tuyên là trái pháp luật, đồng thời buộc người sử dụng lao động thu hồi và bồi thường thỏa đáng theo yêu cầu của người lao động.

- Hậu quả pháp lý việc người sử dụng lao động xử lý kỷ luật lao động sa thải trái pháp luật:

Người sử dụng lao động khi xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải tức là chấm dứt hợp đồng lao động đang có hiệu lực giữa người sử dụng lao động và người lao động mà không cần biết người lao động có đồng ý hay không; nói cách khác là đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động với người lao động. Vì vậy, trong trường hợp quyết định xử lý kỷ luật sa thải của người sử dụng lao động bị Tòa án có thẩm quyền xác định là trái pháp luật, người sử dụng lao động phải thu hồi quyết định đó, đồng thời phải bồi thường cho người lao động theo quy định tương tự trường hợp người sử dụng lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật được quy định tại Điều 42 Bộ luật lao động năm 2012.

Trước khi Bộ luật lao động năm 2012 có hiệu lực thi hành, khi quyết định xử lý kỷ luật theo hình thức sa thải của người sử dụng lao động bị Tòa án tuyên bố là trái pháp luật thì người sử dụng lao động không chỉ phải bồi thường toàn bộ quyền lợi vật chất cho người lao động mà còn phải xin lỗi công khai trước tập thể lao động tại doanh nghiệp (Điều 94 Bộ luật lao động năm 1994 sửa đổi, bổ sung năm 2002, 2006, 2007).

Tuy nhiên, Bộ luật lao động năm 2012 đã bãi bỏ quy định này, nên khách quan mà nói, hậu quả pháp lý của người sử dụng lao động khi xử lý kỷ luật sa thải trái pháp luật đối với người lao động là được giảm nhẹ so với quy định trước đây. Quy định này đáp ứng được yêu cầu của các doanh nghiệp có vốn 100% đầu tư nước ngoài tại Việt Nam; nhất là các doanh nghiệp thuộc khu vực Bắc Mỹ và châu Âu, trong bối cảnh pháp luật của nước họ bảo vệ tối đa quyền của chủ sở hữu.

c) Tranh chấp về việc yêu cầu hoàn trả chi phí đào tạo của người sử dụng lao động:

Hiện nay, tranh chấp này cũng khá phổ biến trong bối cảnh người sử dụng lao động càng ngày càng quan tâm đến việc nâng cao tay nghề cho người lao động của doanh nghiệp để từng bước đáp ứng quy trình sản xuất ngày càng đòi hỏi không chỉ là số lượng mà còn phải bảo đảm chất lượng, đáp ứng được tính cạnh tranh với các sản phẩm cùng loại. Thời gian vừa qua, nhiều doanh nghiệp đã tổ chức đào tạo nâng cao tay nghề cho người lao động để phục vụ cho doanh nghiệp. Việc đào tạo có thể tổ chức ở trong nước hoặc ở nước ngoài tùy vào mục tiêu và kế hoạch của từng doanh nghiệp. Thông thường, trước khi tham gia đào tạo, người sử dụng lao động yêu cầu người lao động ký bản cam kết đào tạo hoặc phụ lục hợp đồng lao động về đào tạo nghề; trong đó có quy định sau khi hoàn thành khóa đào tạo, người lao động phải làm việc cho người sử dụng lao động trong khoảng thời gian nhất định. Hết thời gian này, người lao động mới được nghỉ việc. Tuy nhiên, trong thực tế không phải người lao động nào cũng chấp hành nghiêm chỉnh cam kết, nên dẫn đến tranh chấp.

Khi tham gia giải quyết các tranh chấp dạng này, Luật sư cần chú ý những nội dung trong tiến trình giải quyết tranh chấp tại Tòa án, cụ thể:

- Căn cứ pháp lý của yêu cầu hoàn trả chi phí đào tạo:

Theo quy định tại khoản 3 Điều 43 Bộ luật lao động năm 2012, người lao động khi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật phải hoàn trả chi phí đào tạo cho người sử dụng lao động theo quy định tại Điều 62 Bộ luật lao động năm 2012. Như vậy, nghĩa vụ hoàn trả

chi phí đào tạo trước hết gắn liền với hành vi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật của chính người lao động, đồng thời việc đào tạo đó phải phù hợp quy định tại Điều 62 Bộ luật lao động năm 2012. Đây chính là hai điều kiện cần và đủ làm phát sinh nghĩa vụ hoàn trả chi phí đào tạo của người lao động.

Tuy nhiên, trước khi Bộ luật lao động năm 2012 có hiệu lực thi hành, theo khoản 3 Điều 41 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật lao động ngày 02-4-2002, người lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động phải bồi thường chi phí đào tạo (nếu có) theo quy định của Chính phủ. Quy định này cho thấy, nếu người lao động được người sử dụng lao động chi trả chi phí đào tạo để làm việc cho doanh nghiệp thì khi người lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động bất kể có trái pháp luật hay không thì đã phát sinh nghĩa vụ bồi thường cho người sử dụng lao động và đó là nghĩa vụ bồi thường, chứ không phải hoàn trả.

Theo khoản 3 Điều 43 Bộ luật lao động năm 2012, người lao động khi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật mới phát sinh nghĩa vụ hoàn trả chi phí đào tạo cho người sử dụng lao động và đồng thời việc đào tạo đó phải phù hợp theo quy định tại Điều 62 Bộ luật lao động năm 2012. Như vậy, theo quy định của Bộ luật lao động cũ, nghĩa vụ của người lao động trong trường hợp này là bồi thường, chứ không là hoàn trả như quy định của Bộ luật lao động năm 2012. Sự thay đổi về quan điểm của nhà làm luật giữa Bộ luật lao động cũ và Bộ luật lao động mới về chi phí đào tạo (trước là bồi thường, nay là hoàn trả) đã làm thay đổi quy trình tố tụng tại Tòa án.

Với quy định là nghĩa vụ hoàn trả, chứ không phải là bồi thường thiệt hại khi chấm dứt hợp đồng lao động tại Điều 201 Bộ luật lao động năm 2012, việc tranh chấp về vấn đề này không thể khởi kiện ngay tại Tòa án, mà phải qua hòa giải của hòa giải viên lao động trước khi yêu cầu Tòa án giải quyết theo quy định tại khoản 1 Điều 201 Bộ luật lao động năm 2012. Như vậy, hòa giải chính là điều kiện khởi kiện trong vụ án lao động tranh chấp về chi phí đào tạo. Trường hợp các đương sự

không thực hiện hòa giải thì Tòa án trả lại đơn kiện nếu Tòa án chưa thụ lý vụ án. Trường hợp Tòa án đã thụ lý vụ án, thì Tòa án ban hành Quyết định đình chỉ giải quyết vụ án và trả lại đơn kiện vì lý do chưa đủ điều kiện khởi kiện; dĩ nhiên đương sự có quyền khởi kiện lại khi có đủ điều kiện khởi kiện, tức đã được hòa giải viên lao động hòa giải tranh chấp, nếu thời hiệu khởi kiện vẫn còn. Như vậy, việc hòa giải của hòa giải viên lao động đối với tranh chấp về việc hoàn trả chi phí đào tạo chính là một biện pháp tiền tố tụng trong các vụ kiện này.

Về quy định của Bộ luật lao động năm 2012 về nghĩa vụ hoàn trả chi phí đào tạo phải gắn liền với hành vi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật của người lao động so với quy định cũ, khách quan mà nói, khi người lao động được đào tạo nghề bằng nguồn tài chính của người sử dụng lao động, việc quy định chỉ cần người lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động đối với người sử dụng lao động là phát sinh nghĩa vụ bồi thường của người lao động theo Bộ luật lao động năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2002, 2006, 2007 chắc chắn sẽ bảo đảm quyền lợi cho người sử dụng lao động và có tác động tích cực trong việc ngăn ngừa hành vi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động tràn lan của người lao động sau khi được đào tạo nghề; từ đó góp phần tạo nên môi trường cạnh tranh lành mạnh giữa các doanh nghiệp cùng ngành nghề với nhau. Bởi lẽ, khi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động, người lao động sẽ đứng trước nguy cơ bồi thường cho người sử dụng lao động, nên không dám tùy tiện. Tuy nhiên, với quy định tại khoản 3 Điều 43 của Bộ luật lao động năm 2012 người sử dụng lao động chưa hẳn bị bất lợi và thiệt hại, nếu thực hiện đúng, đầy đủ quy định tại Điều 62 Bộ luật lao động năm 2012.

Trong tình huống người lao động đang làm việc theo hợp đồng lao động không xác định thời hạn; người lao động chỉ cần thực hiện nghĩa vụ báo trước cho người sử dụng lao động đúng quy định là có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động và việc đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động này là đúng pháp luật. Nếu trước khi người lao động được đào tạo, hai bên giao kết hợp đồng đào tạo và

nội dung hợp đồng này hội đủ các nội dung chủ yếu theo quy định tại khoản 2 Điều 62 Bộ luật lao động năm 2012 thì người lao động đang làm việc theo loại hợp đồng không xác định thời hạn theo tình huống trên, ngoài việc tuân thủ quy định tại khoản 3 Điều 37 Bộ luật lao động năm 2012 còn phải tuân thủ hợp đồng đào tạo nghề. Trong trường hợp người lao động chấm dứt hợp đồng lao động, mặc dù đã thực hiện đúng nghĩa vụ báo trước theo quy định tại khoản 3 Điều 37 Bộ luật lao động năm 2012, tức đã đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động đúng pháp luật, nhưng vẫn bị xem là trái pháp luật do không tuân thủ hợp đồng đào tạo nghề đã được hai bên giao kết.

Như vậy, so sánh và đối chiếu các quy định cũ và mới liên quan đến vấn đề này cho thấy hậu quả pháp lý là không khác nhau. Cái khác là hai bên, nhất là người sử dụng lao động cần phải thực hiện đúng và đầy đủ quy định của Bộ luật lao động hiện hành về việc tổ chức đào tạo cho người lao động thì quyền lợi chính đáng của người sử dụng lao động mới được pháp luật bảo vệ.

- Chứng cứ chứng minh và phương cách chứng minh của Luật sư bảo vệ cho các đương sự:

Đối với Luật sư của nguyên đơn trong vụ kiện tranh chấp về yêu cầu hoàn trả chi phí đào tạo:

Là người bảo vệ cho nguyên đơn là người sử dụng lao động trong vụ kiện này, nếu có chứng cứ chứng minh người lao động đã đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật, thì trước hết Luật sư cần phân tích và chứng minh tính trái pháp luật của hành vi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động đó. Tiếp đến, Luật sư chứng minh việc người sử dụng lao động tổ chức đào tạo phù hợp các quy định tại Điều 62 Bộ luật lao động năm 2012, qua đó chứng minh việc không tuân thủ nội dung đã cam kết trong hợp đồng đào tạo, hay văn bản tương tự như thỏa thuận, cam kết đào tạo của người lao động. Từ đó, kiến nghị Tòa án chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn.

Đối với Luật sư của bị đơn trong vụ kiện tranh chấp về yêu cầu hoàn trả chi phí đào tạo:

Luật sư của bị đơn có nghĩa vụ chứng minh ngược lại với luận cứ của Luật sư nguyên đơn, theo đó cần phải chứng minh việc chấm dứt hợp đồng lao động của người lao động trong trường hợp này là đúng pháp luật. Ví dụ, trường hợp người lao động có hợp đồng lao động xác định thời hạn từ 12 tháng đến 36 tháng, trong thời gian làm việc theo hợp đồng lao động được người sử dụng lao động cử đi đào tạo bằng nguồn kinh phí của người sử dụng lao động, nhưng không giao kết hợp đồng đào tạo, cũng không ràng buộc người lao động bằng bất kỳ văn bản thỏa thuận nào khác về thời gian làm việc sau khi kết thúc khóa đào tạo. Đến khi hợp đồng lao động đã giao kết hết hạn, người lao động không muốn tiếp tục làm việc cho người sử dụng lao động nữa, nên không chịu giao kết tiếp hợp đồng lao động và nhất định nghỉ việc. Trong tình huống này, Luật sư của người lao động viện dẫn khoản 1 Điều 36 Bộ luật lao động năm 2012 để chứng minh người lao động nghỉ việc do hợp đồng lao động đã hết hạn, không phải là trường hợp người lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động, nên không phát sinh nghĩa vụ hoàn trả theo quy định tại khoản 3 Điều 43 Bộ luật lao động năm 2012 về nghĩa vụ của người lao động khi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật.

III. TIẾP NHẬN, ĐÁNH GIÁ YÊU CẦU CỦA KHÁCH HÀNG - NHẬN DIỆN TRANH CHẤP LAO ĐỘNG VÀ XỬ LÝ TÌNH HUỐNG

Khách hàng đến với Luật sư đều mong muốn được biết việc tranh chấp của họ pháp luật quy định như thế nào. Cụ thể là câu hỏi Tòa án sẽ giải quyết ra sao. Từ mong muốn chính đáng đó, đối chiếu các quy định của pháp luật có liên quan, Luật sư cần nhận diện được quan hệ pháp luật tranh chấp và đánh giá yêu cầu của khách hàng, từ đó đề ra phương án giải quyết tranh chấp.

Trong tranh chấp lao động, Luật sư cần nhận diện tranh chấp theo các bước như sau:

1. Nhận diện tranh chấp lao động và xử lý tình huống

Để xác định tranh chấp là tranh chấp lao động, Luật sư cần nhận diện qua các dấu hiệu sau:

a) Có mối quan hệ lao động giữa khách hàng và "đương sự đối tụng" hay không?

Đây là vấn đề đầu tiên để xác định vụ tranh chấp là tranh chấp lao động hay là tranh chấp khác, như: tranh chấp về dân sự, tranh chấp về kinh doanh thương mại v.v.. Khoản 7 Điều 3 Bộ luật lao động năm 2012 quy định "Tranh chấp lao động là tranh chấp về quyền, nghĩa vụ và lợi ích phát sinh giữa các bên trong quan hệ lao động". Với định nghĩa này, chỉ xem một vụ việc là tranh chấp lao động khi có tranh chấp giữa người lao động và/hoặc tập thể người lao động với người sử dụng lao động.

b) Có xung đột quyền và lợi ích giữa các chủ thể đó hay không?

Trong quá trình hoạt động thường là liên tục trong một ngày làm việc 8 tiếng tại doanh nghiệp, quan hệ giữa con người với con người đôi khi do công việc hoặc do các tác động xã hội khác không liên quan đến công việc phải gánh chịu những áp lực tâm lý. Từ đó, những mâu thuẫn nảy sinh, chi phối đến cách cư xử của con người dẫn đến hành vi không đúng chuẩn mực, nhưng chưa hẳn quyền và lợi ích giữa các chủ thể đã trở nên xung đột, nên chưa dẫn đến tranh chấp lao động.

c) Xung đột giữa các chủ thể trong quan hệ lao động đã chuyển thành tranh chấp chưa?

Trong hoạt động thường ngày tại doanh nghiệp có thể có mâu thuẫn, xung đột về lợi ích giữa các chủ thể nhưng chưa hẳn đã dẫn đến tranh chấp. Nếu mâu thuẫn chỉ dừng lại trong phạm vi doanh nghiệp và được các chủ thể thỏa thuận giải quyết một cách ổn thỏa thì chưa hoặc không dẫn đến tranh chấp.

Như vậy, trong quá trình tiếp nhận trình bày của khách hàng, Luật sư trước tiên phải xác định được có tranh chấp lao động hay không và nếu có thì là loại tranh chấp lao động nào, tranh chấp lao động cá nhân hay tranh chấp lao động tập thể. Nếu là tranh chấp lao động tập thể thì đó là tranh chấp lao động tập thể về quyền hay tranh chấp lao động tập thể về lợi ích. Qua đó, Luật sư xác định, đánh giá được yêu cầu của khách hàng và đề ra giải pháp pháp lý phù hợp.

2. Xác định, đánh giá yêu cầu của khách hàng và xử lý tình huống

Để xác định, đánh giá đúng yêu cầu của khách hàng, Luật sư không thể bỏ qua các nội dung cần làm rõ trong quá trình tiếp xúc khách hàng, như:

- Quan hệ pháp luật lao động tranh chấp, như: Tranh chấp về tiền lương, tranh chấp về bảo hiểm xã hội, tranh chấp về trường hợp bị đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động hoặc tranh chấp về biện pháp xử lý kỷ luật lao động v.v..

- Các văn bản pháp luật lao động (Bộ luật lao động, nghị định, thông tư liên quan) áp dụng cho việc giải quyết tranh chấp đó là các văn bản pháp luật nào, nêu điều khoản cụ thể.

- Thời điểm xác lập quan hệ pháp luật tranh chấp hoặc sự kiện pháp lý dẫn đến tranh chấp và thời điểm phát sinh tranh chấp.

- Quan hệ pháp luật tranh chấp có thể khởi kiện trực tiếp tại Tòa án hay bắt buộc phải qua hòa giải viên lao động hòa giải trước khi vụ việc được đưa đến Tòa án giải quyết?

- Yêu cầu, nguyện vọng cụ thể của khách hàng trong trường hợp này là gì?

Trong các nội dung mà Luật sư cần nắm bắt trên đây, quan hệ lao động tranh chấp và các văn bản pháp luật lao động liên quan đến tranh chấp là hai nội dung quan trọng nhất, có ý nghĩa quyết định đối với phương án tư vấn, thậm chí cả việc tham gia tố tụng tại Tòa án khi khách hàng yêu cầu.

Khi xác định chính xác các nội dung trên, Luật sư có thể xử lý tình huống một cách đúng pháp luật. Trong việc xử lý tình huống, Luật sư có thể đưa ra nhiều giải pháp để khách hàng lựa chọn, bao gồm: Thương lượng, hòa giải hoặc khởi kiện trước Tòa án; các mặt thuận lợi và bất lợi của từng phương án. Tuy nhiên, việc chọn lựa phương án giải quyết nào phải do khách hàng quyết định, Luật sư không nên quyết định thay cho khách hàng, trừ trường hợp Luật sư là người đại diện theo ủy quyền và được khách hàng giao toàn quyền giải quyết vụ việc tranh chấp đó.

IV. THU THẬP, KIỂM TRA, SỬ DỤNG, ĐÁNH GIÁ CHỨNG CỨ

Đây là nhóm kỹ năng mà Luật sư phải thực hiện trong giai đoạn hòa giải và chuẩn bị xét xử được Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 (đã có hiệu lực từ ngày 01-7-2016) quy định cụ thể trong tiến trình giải quyết các vụ việc dân sự của Tòa án, trong đó có các tranh chấp lao động.

Thời hạn chuẩn bị xét xử vụ án lao động được quy định tại Điều 203 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 với thời hạn là hai tháng kể từ ngày Tòa án thụ lý vụ án; trường hợp do tính chất phức tạp của vụ việc, do sự kiện bất khả kháng hoặc do trở ngại khách quan thì Chánh án Tòa án cũng chỉ có thẩm quyền được gia hạn thêm một tháng. Ngay khi được khách hàng mời tham gia với tư cách người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho đương sự trong vụ án lao động, Luật sư cần tranh thủ đăng ký với Tòa án đang giải quyết vụ kiện đó trong thời gian sớm nhất để có thể tiếp cận ngay hồ sơ vụ án. Qua đó, Luật sư thực hiện quyền tranh tụng theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015:

- *Nếu là Luật sư của nguyên đơn:* Trong trường hợp Luật sư không xây dựng hồ sơ khởi kiện, thì trước hết tiếp cận ngay hồ sơ khởi kiện, sử dụng kỹ năng đánh giá yêu cầu của khách hàng và xử lý tình huống ở phần trên để xem các tài liệu, chứng cứ mà khách hàng nộp cho Tòa án đầy đủ chưa; các tài liệu này đã chứng minh được yêu cầu khởi kiện hay chưa; nguyên đơn có cần bổ sung tài liệu gì nữa không? Tư vấn, hướng dẫn khách hàng cung cấp thêm tài liệu (nếu cần) để làm rõ nội dung tranh chấp và yêu cầu khởi kiện. Đồng thời, Luật sư của nguyên đơn cần nghiên cứu ngay văn bản trình bày ý kiến của bị đơn đối với yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn và các tài liệu chứng cứ kèm theo đơn trình bày mà bị đơn đã nộp cho Tòa án, cũng như nghiên cứu đơn yêu cầu phản tố của bị đơn (nếu có) và các tài liệu chứng cứ liên quan đến yêu cầu phản tố mà bị đơn nộp cho Tòa án. Quá trình xem xét, nghiên cứu các tài liệu trên của bị đơn, Luật sư của nguyên đơn cần trả lời được các câu hỏi đặt ra.

Trước hết Luật sư của nguyên đơn phải xác định được các yêu cầu gọi là yêu cầu phản tố của bị đơn thực sự có phải là yêu cầu phản tố

không, hay đó chỉ là ý kiến phản bác, không đồng ý với các yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn. Để trả lời câu hỏi này, Luật sư cần phân tích yêu cầu của bị đơn căn cứ theo quy định tại Điều 200 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015. Chỉ khi nào yêu cầu của bị đơn phù hợp với nội dung quy định tại Điều 200 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 mới có thể được xem là yêu cầu phản tố của bị đơn đối với nguyên đơn. Đồng thời, Luật sư cần kiểm tra bị đơn đã thực hiện các thủ tục pháp luật tố tụng quy định khi đưa ra yêu cầu phản tố hay chưa. Tiếp đến, Luật sư của nguyên đơn cũng cần xác định thời điểm mà bị đơn đưa ra yêu cầu phản tố đó có nằm trong thời hạn mà Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 quy định hay không. Đây là một trong những nội dung mới của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015; theo đó, bị đơn phải đưa ra yêu cầu phản tố trước thời điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải_căn cứ khoản 3 Điều 200 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

Qua việc nắm bắt trên, tùy theo tình hình từng vụ việc tranh chấp, Luật sư của nguyên đơn có phương án xử lý thích hợp nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho nguyên đơn.

- *Nếu là Luật sư của bị đơn:* Trong quá trình tiếp cận và nghiên cứu hồ sơ vụ kiện, Luật sư bị đơn cần nghiên cứu kỹ đơn khởi kiện, các tài liệu, chứng cứ kèm theo đơn kiện và sử dụng kỹ năng đánh giá yêu cầu của khách hàng và xử lý tình huống ở phần trên; nhất là đối chiếu các quy định của pháp luật về nội dung để xác định những vấn đề cốt lõi, như:

+ Nguyên đơn có quyền khởi kiện hay không;

+ Năng lực hành vi tố tụng dân sự của người có quyền khởi kiện (Điều 69 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015);

+ Người khởi kiện có đủ điều kiện khởi kiện chưa? (biện pháp hòa giải bởi hòa giải viên lao động được xem là biện pháp tiền tố tụng theo quy định của pháp luật lao động đối với một số loại tranh chấp lao động);

+ Thời hiệu khởi kiện còn hay hết (khoản 1 Điều 124 Bộ luật lao động năm 2012);

+ Các tài liệu, chứng cứ do nguyên đơn cung cấp cho Tòa án có đủ để chứng minh yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn hay không. Đồng thời chuẩn bị các tài liệu, chứng cứ để phản bác yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn.

1. Thu thập chứng cứ

Chứng cứ là một trong những vấn đề quan trọng mang tính cốt lõi, có ý nghĩa quyết định đối với việc giải quyết vụ án dân sự; trong đó có vụ án lao động. Trong tố tụng dân sự, nghĩa vụ chứng minh thuộc về các đương sự. Chính vì vậy, Luật sư cần phải có kỹ năng thu thập chứng cứ để giúp khách hàng chứng minh yêu cầu của họ.

Tùy thuộc vào quan hệ pháp luật lao động tranh chấp, đối tượng tranh chấp, các tình tiết cụ thể của vụ án để xác định các vấn đề cần chứng minh, từ đó, Luật sư cần"khoanh vùng" phạm vi chứng cứ cần thu thập của từng vụ án.

Ví dụ: Tranh chấp về việc xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải, người sử dụng lao động căn cứ khoản 3 Điều 126 Bộ luật lao động năm 2012 để áp dụng xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải đối với người lao động.

a) Nếu là Luật sư bảo vệ cho nguyên đơn (người lao động): Cần thu thập chứng cứ liên quan đến yêu cầu khởi kiện (đã phân tích trong mục về phương cách chứng minh của Luật sư của người lao động trong các vụ án tranh chấp về xử lý kỷ luật theo hình thức sa thải ở phần trên), cụ thể: Doanh nghiệp có Nội quy lao động hợp lệ hay không; hành vi vi phạm có thuộc một trong các trường hợp quy định tại Điều 126 Bộ luật lao động năm 2012; Hành vi vi phạm cụ thể và hình thức xử lý kỷ luật lao động tương ứng có được quy định trong bản nội quy lao động của doanh nghiệp hay không; Người sử dụng lao động có tuân thủ đúng nguyên tắc và bảo đảm trình tự xử lý kỷ luật lao động không; Quyết định xử lý kỷ luật lao động sa thải có do người có thẩm quyền ký hay không; Quyết định xử lý kỷ luật lao động sa thải có được ký trong thời hiệu xử lý kỷ luật lao động và người sử dụng lao động có vi phạm các điều cấm của pháp luật khi xử lý kỷ luật lao động không.

Qua các chứng cứ thu thập, Luật sư của nguyên đơn (người lao động) chỉ cần chứng minh người sử dụng lao động đã vi phạm một trong những trường hợp kể trên thì quyết định xử lý kỷ luật theo hình thức sa thải là trái pháp luật.

b) Nếu là Luật sư bảo vệ cho bị đơn (người sử dụng lao động): Luật sư của bị đơn cần thu thập chứng cứ liên quan đến căn cứ xử lý người lao động bằng biện pháp sa thải; cụ thể các ngày nghỉ việc không có lý do chính đáng được quy định tại khoản 3 Điều 126 Bộ luật lao động và các trường hợp được quy định tại Nội quy lao động. Qua đó, Luật sư chứng minh các ngày nghỉ này phải phù hợp theo hướng dẫn của khoản 1 Điều 31 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP, đồng thời thu thập các chứng cứ liên quan đến việc phản bác các yêu cầu của nguyên đơn và các chứng cứ liên quan đến yêu cầu phản tố (nếu có) để chứng minh yêu cầu phản tố của bị đơn là có căn cứ.

2. Cung cấp chứng cứ

Trong giai đoạn chuẩn bị xét xử, Luật sư cần lưu ý thời hạn giao nộp chứng cứ theo quy định tại khoản 4 Điều 96 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015; theo đó, thời hạn giao nộp chứng cứ do thẩm phán được phân công giải quyết vụ án ấn định, nhưng không vượt quá thời hạn chuẩn bị xét xử theo thủ tục sơ thẩm do Bộ luật tố tụng dân sự quy định.

Về thời hạn chuẩn bị xét xử sơ thẩm vụ án lao động, theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 như đã đề cập trong phần trên, thông thường, thời hạn chỉ là hai tháng; đối với các vụ việc có tính phức tạp hoặc do các trở ngại khách quan thì thời hạn cũng tối đa là ba tháng. Thời hạn chuẩn bị xét xử sơ thẩm vụ án lao động tương đối ngắn, nên Luật sư cần nhớ và nhắc nhở khách hàng về việc cung cấp chứng cứ cho Tòa án trong thời hạn quy định. Khi cung cấp chứng cứ cho Tòa án, Luật sư cần hướng dẫn khách hàng yêu cầu Tòa án lập biên bản giao nhận chứng cứ, nhất là các chứng cứ có ý nghĩa chứng minh, trong trường hợp Tòa án không lập biên bản giao nhận chứng cứ.

Luật sư cần thực hiện trách nhiệm trao đổi chứng cứ giữa các bên đương sự quy định tại Khoản 5 Điều 96 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015. Theo đó, việc sao gửi chứng cứ hoặc thông báo chứng cứ phải được thực hiện giữa các bên. Một trong những điểm mới mang tính đột phá của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 là quy định về phiên họp kiểm tra việc tiếp cận, giao nộp, công khai chứng cứ và hòa giải. Phiên họp này có vai trò rất quan trọng, thành phần tham gia phiên họp có người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho đương sự, nên Luật sư cần chủ động tham gia phiên họp này để xác định các tình tiết quan trọng của vụ án, tiếp cận các chứng cứ cốt lõi trong vụ án và thực hiện kỹ năng cung cấp bổ sung tài liệu, chứng cứ, nếu cần thiết.

3. Đánh giá chứng cứ

Đánh giá chứng cứ không phải là một việc dễ dàng, đòi hỏi quá trình tư duy, phân loại và sàng lọc xem trong toàn bộ chứng cứ của vụ án, chứng cứ nào quan trọng có ý nghĩa chứng minh cho yêu cầu của khách hàng và tầm quan trọng của từng chứng cứ có thể được phân loại như thế nào. Do đó, tùy theo vị trí tố tụng mà Luật sư phân loại và vai trò của từng chứng cứ sẽ khác nhau.

Ví dụ, trong vụ án tranh chấp lao động về yêu cầu hoàn trả chi phí đào tạo, nếu các chứng cứ thể hiện việc người lao động vi phạm về thời gian làm việc theo cam kết hoặc theo hợp đồng đào tạo với người sử dụng lao động thì đó là chứng cứ quan trọng chứng minh cho hành vi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật của người lao động, là chứng cứ làm phát sinh nghĩa vụ hoàn trả chi phí đào tạo của người lao động, nên đối với Luật sư của người sử dụng lao động, đây là chứng cứ có vai trò quan trọng, có ý nghĩa chứng minh cho yêu cầu khởi kiện của người sử dụng lao động. Tuy nhiên cũng trong tình huống này, nếu bản cam kết đào tạo hoặc hợp đồng đào tạo với người sử dụng lao động lại thiếu những nội dung chủ yếu được quy định tại khoản 2 Điều 62 Bộ luật lao động năm 2012, như không ràng buộc thời gian phải làm việc cho người sử dụng lao động v.v.. thì bản cam kết đào tạo hoặc hợp đồng đào tạo lại được xem là chứng cứ quan

trọng để Luật sư của người lao động đưa ra những lý lẽ, lập luận nhằm phản bác yêu cầu khởi kiện đòi hoàn trả chi phí đào tạo của người sử dụng lao động theo quy định tại khoản 3 Điều 43 Bộ luật lao động năm 2012.

Như vậy, Luật sư khi tham gia tố tụng vụ án dân sự nói chung, tranh chấp lao động nói riêng, tùy theo vị trí tố tụng cần sàng lọc, phân loại, đánh giá và chỉ sử dụng chứng cứ có giá trị chứng minh cho yêu cầu của khách hàng. Đây là một quá trình nghiêm túc và có tính toán bằng tư duy lý luận của Luật sư, chứ không chỉ đơn thuần là quá trình đánh giá tính hợp pháp, khách quan và liên quan của các chứng cứ.

4. Kiểm tra chứng cứ giao nộp cho Tòa án

Việc kiểm tra chứng cứ các đương sự đã giao nộp cho Tòa án được quy định tại khoản 2 Điều 203 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015. Đây là nội dung mới của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 nhằm công bố công khai chứng cứ của các bên. Các đương sự đều có quyền biết được các tài liệu chứng cứ của vụ án để thực hiện quyền tranh tụng, cho nên ngoài việc quy định nghĩa vụ của đương sự khi giao nộp tài liệu chứng cứ cho Tòa án, luật còn quy định nghĩa vụ phải gửi bản sao cho đương sự khác. Ngoài ra, Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 còn quy định phải có phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ trước khi có quyết định đưa vụ án ra xét xử.

Luật sư của các đương sự tham gia giải quyết tranh chấp lao động tại Tòa án, cần phải tham gia các phiên họp này; thậm chí ngay cả trong trường hợp Luật sư chưa tiếp cận và nghiên cứu hồ sơ vụ án thì việc tham gia các phiên họp càng cần thiết để nắm bắt các yêu cầu, chứng cứ của các bên thông qua việc Thẩm phán công bố công khai các tài liệu chứng cứ do các bên giao nộp trước khi tiến hành hòa giải.

Căn cứ quy định tại Điều 209 và Điều 210 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015, Luật sư là một thành phần chính thức tham gia phiên họp này, có quyền đưa ra ý kiến của mình và ý kiến của Luật sư phải được ghi trong biên bản phiên họp.

V. HÒA GIẢI TRONG TRANH CHẤP LAO ĐỘNG

1. Hòa giải là một thủ tục bắt buộc trong việc giải quyết các tranh chấp lao động trước khi yêu cầu Tòa án hoặc cơ quan có thẩm quyền giải quyết

Trước hết, hòa giải trong tranh chấp lao động là một chế định được Bộ luật lao động năm 2012 quy định là một thủ tục bắt buộc trong việc giải quyết tranh chấp lao động, bao gồm cả tranh chấp lao động cá nhân và tranh chấp lao động tập thể.

a) *Đối với tranh chấp lao động cá nhân:*

Căn cứ quy định tại khoản 1 Điều 201 Bộ luật lao động năm 2012 thì tranh chấp lao động cá nhân phải thông qua thủ tục hòa giải của hòa giải viên lao động trước khi yêu cầu Tòa án giải quyết, trừ một số tranh chấp lao động không bắt buộc phải thông qua thủ tục hòa giải được nêu trực tiếp tại điều này.

b) Đối với tranh chấp lao động tập thể:

Dù là tranh chấp lao động tập thể về quyền hay tranh chấp lao động tập thể về lợi ích thì trước tiên vẫn phải được hòa giải viên lao động tiến hành hòa giải trước khi vụ việc được các cơ quan khác giải quyết (khoản 1 Điều 204 Bộ luật lao động năm 2012).

Đối với tranh chấp lao động tập thể về quyền thì cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động gồm: Hòa giải viên lao động; Chủ tịch Ủy ban nhân dân quận, huyện, thị xã thuộc tỉnh, gọi chung là Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện và Tòa án nhân dân. Đối với tranh chấp lao động tập thể về lợi ích thì cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động bao gồm: Hòa giải viên lao động và Hội đồng trọng tài lao động.

Trường hợp hòa giải không thành hoặc một trong hai bên không thực hiện các thỏa thuận trong biên bản hòa giải thành thì đối với tranh chấp lao động tập thể về quyền, các bên có quyền yêu cầu Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện giải quyết, đối với tranh chấp lao động tập thể về lợi ích thì các bên có quyền yêu cầu Hội đồng trọng tài lao động giải quyết.

Các quy định về chế định hòa giải như trên cho thấy hòa giải trong tranh chấp lao động, dù là tranh chấp lao động cá nhân hay tập thể, cũng luôn được đề cao. Cần lưu ý, mặc dù có một số tranh chấp lao động cá nhân mà theo quy định của pháp luật không bắt buộc phải qua hòa giải viên lao động hòa giải trước khi yêu cầu Tòa án giải quyết, nhưng nếu các bên tranh chấp yêu cầu hòa giải viên lao động hòa giải cũng hoàn toàn được khuyến khích. Bởi suy cho cùng, tranh chấp lao động về bản chất cũng là tranh chấp về quyền và lợi ích giữa các bên đã có quá trình cống hiến, cộng tác và làm việc với nhau trong một tổ chức, đơn vị, doanh nghiệp trước đó. Pháp luật lao động đề ra chế định hòa giải để các bên có dịp ngồi lại đối thoại với nhau, cùng hòa giải viên lao động tìm ra giải pháp hài hòa về quyền và lợi ích. Đây là một biện pháp cần thiết để hai bên đi đến thỏa thuận giải quyết tranh chấp mà không cần đến sự can thiệp của Tòa án có thẩm quyền theo quy định của pháp luật lao động Việt Nam, cũng như nhiều nước trên thế giới.

Có thể nói, chế định hòa giải bắt buộc áp dụng cho hầu hết các tranh chấp lao động, dù là tranh chấp cá nhân hay tập thể chính là một phương pháp giải quyết tranh chấp có thể tạo ra khả năng duy trì quan hệ lao động sau tranh chấp. Trong thực tế, cá nhân người lao động sau khi tranh chấp được giải quyết, nhất là khi hai bên đạt được thỏa thuận trong quá trình giải quyết tranh chấp thông qua con đường hòa giải đều có thể duy trì quan hệ lao động mà trong một giai đoạn nhất định tưởng chừng như rất căng thẳng, không thể tiếp tục làm việc chung với nhau được nữa. Đây chính là kết quả tích cực mà không phán quyết của Tòa án hay của các cơ quan có thẩm quyền khác nào có thể có được. Ngoài ra, chế định hòa giải được ưu tiên áp dụng trong hầu hết trình tự, thủ tục giải quyết các tranh chấp lao động, dù là cá nhân hay tập thể, cũng chính là một biện pháp bảo vệ quyền tự thỏa thuận, tự định đoạt của các bên tranh chấp, là một trong những nguyên tắc cơ bản của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 và Bộ luật dân sự năm 2015.

2. Hòa giải trong tranh chấp lao động còn là một biện pháp tiền tố tụng theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 trong một số tranh chấp lao động

Đối với các tranh chấp mà pháp luật lao động quy định phải tiến hành hòa giải trước khi khởi kiện tại Tòa án mà các đương sự không thực hiện thì Tòa án trả lại đơn khởi kiện căn cứ điểm b khoản 1 Điều 192 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 vì chưa có đủ điều kiện khởi kiện theo quy định của pháp luật. Có thể nói, thủ tục hòa giải đối với các quan hệ lao động tranh chấp mà theo quy định của pháp luật lao động bắt buộc phải qua hòa giải trước khi khởi kiện tại Tòa án là biện pháp tiền tố tụng, tức phải được hòa giải viên lao động thực hiện hòa giải trước mới được khởi kiện.

Quy định trên buộc hai bên trong tranh chấp lao động, dù là tranh chấp lao động cá nhân hay tập thể (chỉ áp dụng đối với tranh chấp lao động tập thể về quyền) khi nộp đơn kiện cho Tòa án có thẩm quyền phải kèm theo biên bản hòa giải của hòa giải viên lao động quận, huyện nơi đặt trụ sở chính của doanh nghiệp. Trong trường hợp quá thời hạn mà hòa giải viên lao động không tiến hành hòa giải thì các đương sự cũng phải có chứng cứ chứng minh rằng đã yêu cầu hòa giải tranh chấp lao động nhưng không được hòa giải. Ví dụ như biên nhận hồ sơ yêu cầu hòa giải của Phòng Lao động, Thương binh và Xã hội, nơi trụ sở chính của doanh nghiệp, nếu không Tòa án có quyền trả lại đơn kiện và hồ sơ khởi kiện. Trong trường hợp đặc biệt vì lý do nào đó mà Tòa án đã nhận đơn kiện, đã thụ lý vụ kiện tranh chấp lao động nhưng không có các bằng chứng liên quan đến việc hòa giải tại hòa giải viên lao động thì trong quá trình giải quyết vụ việc, Tòa án phải ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án căn cứ quy định tại điểm g khoản 1 Điều 217 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

3. Hòa giải là một thủ tục bắt buộc được thực hiện trong giai đoạn hòa giải và chuẩn bị xét xử do Bộ luật tố tụng dân sự quy định

Việc giải quyết các vụ án dân sự do Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 quy định, trong đó có tranh chấp về lao động. Theo đó, hòa giải là một

thủ tục bắt buộc mà Tòa án phải tiến hành trước khi đưa vụ án ra xét xử, mặc dù vụ việc đó đã được hòa giải viên lao động hòa giải trước khi đưa đến Tòa án giải quyết. Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 đã dành hẳn một chương XIII (từ Điều 203 đến Điều 221) quy định những nội dung liên quan đến thủ tục hòa giải và chuẩn bị xét xử của Tòa án trước khi bước vào phiên tòa sơ thẩm.

Theo quy định tại Điều 209 và Điều 210 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015, Luật sư là một thành phần chính thức của phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải; theo đó Bộ luật tố tụng dân sự ghép việc Tòa án kiểm tra việc giao nộp, công khai chứng cứ và hòa giải thành một phiên họp. Việc pháp luật tố tụng dân sự để Luật sư chính thức có quyền tham gia phiên họp hòa giải tạo điều kiện cho Luật sư thực hiện tốt vai trò của mình, nên Luật sư cần thiết phải tham gia phiên họp này.

VI. NGHIÊN CỨU HỒ SƠ, XÂY DỰNG PHƯƠNG ÁN BẢO VỆ QUYỀN LỢI CHO KHÁCH HÀNG

1. Nghiên cứu hồ sơ

Nghiên cứu hồ sơ vụ án tranh chấp lao động, nhất là các tranh chấp lao động cá nhân giữa người lao động và người sử dụng lao động cho thấy thông thường các tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ thường cụ thể, ngắn gọn và các văn bản pháp luật điều chỉnh các quan hệ lao động tranh chấp không nhiều (cả về tố tụng lẫn nội dung vụ án). Do đó, quá trình nghiên cứu hồ sơ để đánh giá các chứng cứ và mối liên hệ của từng chứng cứ với nhau trong tranh chấp lao động ít phức tạp hơn các tranh chấp dân sự khác.

Mặc dù phạm vi nghiên cứu các vụ án tranh chấp lao động thường hẹp, nhưng không vì thế mà Luật sư chủ quan trong việc nắm vững nguyên tắc nghiên cứu hồ sơ vụ án một cách toàn diện. Kỹ năng này đòi hỏi Luật sư phải nghiên cứu tất cả các tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ, không được bỏ sót bất kỳ tài liệu, chứng cứ nào.

Nghiên cứu hồ sơ vụ án có mối quan hệ chặt chẽ với kỹ năng thu thập và cung cấp chứng cứ trước đó. Có nhiều cách thức khác nhau để nghiên cứu hồ sơ vụ án tranh chấp lao động. Thông thường, Luật sư cần nghiên cứu đơn kiện, tài liệu, chứng cứ kèm theo đơn kiện; văn bản ghi ý kiến của bị đơn trước yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn và yêu cầu phản tố. Nếu có các tài liệu chứng cứ chứng minh của bị đơn, Luật sư cũng sẽ phần nào nắm được nội dung vụ việc tranh chấp, các tình tiết quan trọng của vụ án, sơ bộ đánh giá được tính đúng hoặc trái pháp luật của sự kiện pháp lý dẫn đến tranh chấp giữa hai bên trong quan hệ lao động.

Sau khi nắm được các tình tiết khách quan của vụ án và diễn tiến việc tranh chấp, kinh nghiệm cho thấy cần tìm ngay chứng cứ trọng yếu nhất của vụ án, chứng cứ được xem là sự kiện làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của hai bên trong quan hệ lao động, nếu không có chứng cứ đó thì không có tranh chấp này. Ví dụ, trong vụ án tranh chấp về xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải thì chứng cứ quan trọng nhất là quyết định xử lý kỷ luật lao động sa thải của người sử dụng lao động.

Do là chứng cứ làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên trong vụ tranh chấp, nên thông thường các chứng cứ trọng yếu không chỉ thể hiện các căn cứ pháp lý phát sinh sự kiện dẫn đến tranh chấp mà trong nhiều trường hợp còn cho Luật sư thấy được quy trình, thủ tục mà người lao động hoặc người sử dụng lao động đã thực hiện cũng như một số vấn đề tố tụng khác. Bản thân các chứng cứ này chứa đựng nhiều nội dung mà Luật sư các bên có thể khai thác, tận dụng để phục vụ cho việc tranh tụng trước Tòa án nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho khách hàng. Chính vì tầm quan trọng của chứng cứ nền tảng trong vụ việc tranh chấp lao động mà khi nghiên cứu hồ sơ, Luật sư dù là bảo vệ cho người lao động hay người sử dụng lao động thì cũng cần đặc biệt quan tâm đến các chứng cứ trọng yếu trong quá trình chọn lọc phân loại chứng cứ.

Nhằm phục vụ cho việc hình thành các quan điểm, lý lẽ phản bác của từng chứng cứ, nhất là các chứng cứ quan trọng, Luật sư cần có bản

ghi chép ghi lại kết quả nghiên cứu. Bản ghi chép này nên lập theo các nội dung: Quan hệ pháp luật tranh chấp; các đương sự; kết luận về từng tình tiết (số bút lục); Về từng vấn đề cần chứng minh của vụ án; Về từng vấn đề tố tụng; Yêu cầu của các đương sự; Giải pháp cụ thể mà Luật sư đề ra sau khi nghiên cứu hồ sơ. Trong bản ghi chép này, Luật sư cũng cần phải xác định cụ thể các điều khoản của Bộ luật lao động, các điều khoản của các nghị định, thông tư hướng dẫn thi hành Bộ luật lao động, có hiệu lực ở thời điểm phát sinh tranh chấp được áp dụng. Bản kết quả nghiên cứu hồ sơ có mối liên hệ chặt chẽ với việc xây dựng phương án hỏi, soạn thảo dự thảo bản luận cứ; tạo tiền đề để Luật sư có thể tham gia phiên tòa sơ thẩm.

2. Xây dựng phương án bảo vệ quyền lợi cho khách hàng

Các tranh chấp lao động thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án dù là do người lao động khởi kiện hay người sử dụng lao động khởi kiện, dù là tranh chấp lao động cá nhân hay tranh chấp lao động tập thể về quyền thì tính chất của vụ việc tương đối đơn giản, cụ thể và xảy ra trong phạm vi một doanh nghiệp. Đồng thời, các quan hệ lao động tranh chấp này thường đã được định danh trong Bộ luật lao động, được Thỏa ước lao động tập thể hay bản Nội quy lao động của doanh nghiệp cụ thể hóa. Trong tiến trình xây dựng phương án bảo vệ quyền và lợi ích cho khách hàng tại phiên tòa, Luật sư cần tập trung phân tích các chứng cứ trọng yếu nhằm mục tiêu bảo vệ yêu cầu khởi kiện, nếu là Luật sư của nguyên đơn; hoặc bác bỏ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn, nếu là Luật sư của bị đơn.

Trong việc xây dựng phương án bảo vệ quyền lợi cho khách hàng, Luật sư không thể không đặt trọng tâm vào kế hoạch hỏi và kế hoạch tranh luận, đối đáp tại phiên tòa, được Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 gộp chung trong một phần gọi là phần tranh tụng.

3. Kỹ năng trình bày của Luật sư bảo vệ cho các đương sự trong tranh chấp lao động tại phiên tòa sơ thẩm

Điều 248 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 quy định thứ tự trình bày

trong việc tranh tụng tại phiên tòa. Theo đó, các Luật sư tùy theo vị trí tố tụng của mình lần lượt trình bày theo thứ tự:

- *Trình bày của Luật sư của nguyên đơn:* Luật sư của nguyên đơn cần trình bày tóm lược, thật ngắn gọn diễn tiến vụ việc tranh chấp; đồng thời nêu yêu cầu khởi kiện và các chứng cứ (không phân tích) chứng minh cho yêu cầu đó là có căn cứ và hợp pháp, nếu bị đơn có yêu cầu phản tố cần phát biểu ý kiến đối với yêu cầu phản tố của bị đơn và nêu các chứng cứ phản bác yêu cầu phản tố đó.

Để việc trình bày được ngắn gọn, xúc tích và đầy đủ, Luật sư, nhất là Luật sư của nguyên đơn nên chuẩn bị sẵn phần trình bày trước để tránh việc trình bày bị lúng túng, thiếu sót. Mở đầu, Luật sư chỉ cần giới thiệu ngắn gọn họ tên, nơi hành nghề, vị trí tham gia tố tụng và sử dụng một câu chuyển mạch như: "Thực hiện quy định tại Điều 248 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015, là người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho nguyên đơn trong vụ kiện lao động tranh chấp về .... (quan hệ lao động tranh chấp), tôi xin trình bày tóm lược vụ việc và yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn như sau (Trình bày như đã đề cập trên đây)". Sau đó, Luật sư nêu lên những chứng cứ chứng minh cho yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn (chỉ nêu ra chứ không phân tích).

- *Trình bày của Luật sư của bị đơn:* Luật sư của bị đơn trình bày ý kiến của bị đơn đối với yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn, tức là đưa ra ý kiến không chấp nhận toàn bộ yêu cầu của nguyên đơn hoặc chấp nhận một phần yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn (nêu cụ thể). Tiếp đến, Luật sư trình bày yêu cầu phản tố (nếu có), đồng thời nêu lên các chứng cứ, tài liệu chứng minh cho yêu cầu của bị đơn là có căn cứ và hợp pháp.

Tương tự như Luật sư của nguyên đơn, Luật sư của bị đơn, sau khi giới thiệu thật ngắn gọn họ tên, nơi hành nghề, vị trí tham gia tố tụng trong vụ việc, có thể tiếp tục khẳng định bằng câu: "Qua phần trình bày của Luật sư nguyên đơn mà tôi vừa được nghe, là người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho bị đơn trong vụ kiện, tôi xin nói ngay rằng bị đơn không đồng ý với toàn bộ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn vừa

nêu, (hoặc nếu chấp nhận một phần yêu cầu của nguyên đơn thì nêu rõ yêu cầu nào chấp nhận và yêu cầu nào không chấp nhận). Đồng thời, bị đơn có yêu cầu phản tố đối với nguyên đơn như sau (nêu yêu cầu phản tố trường hợp bị đơn có yêu cầu phản tố)". Sau đó, Luật sư của bị đơn nêu ra các tài liệu, chứng cứ để phản bác yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn và các tài liệu, chứng cứ chứng minh yêu cầu phản tố của bị đơn là có căn cứ mà trước đó bị đơn đã cung cấp cho Tòa án (nêu ra chứ không phân tích).

4. Kế hoạch hỏi của các Luật sư bảo vệ cho đương sự trong tranh chấp lao động tại phiên tòa sơ thẩm

Thứ tự và nguyên tắc hỏi chính là nội dung mới của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015. Theo đó, Điều 249 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 quy định dưới sự điều hành của Chủ tọa phiên tòa, các đương sự và Luật sư sẽ hỏi trước sau đó mới đến người tham gia tố tụng khác, đến Chủ tọa phiên tòa, các Hội thẩm nhân dân và sau cùng là Kiểm sát viên tham gia phiên tòa (nếu có). Chủ tọa phiên tòa và Kiểm sát viên chỉ hỏi những vấn đề mà người tham gia tố tụng trình bày chưa rõ.

Mặc dù quy định mới về thứ tự hỏi và nguyên tắc hỏi tại phiên tòa đã nâng vai trò của Luật sư lên tầm cao mới, nhưng cũng chính vì thế lại buộc Luật sư khi tham gia giải quyết tranh chấp dân sự nói chung và tranh chấp lao động nói riêng, cần phải xây dựng kế hoạch hỏi, nhất là Luật sư của nguyên đơn với tư cách là người hỏi đầu tiên.

Việc xây dựng dự thảo kế hoạch hỏi và dự thảo bản luận cứ cần được thực hiện ngay sau khi nghiên cứu hồ sơ vụ án, có như vậy Luật sư không rơi vào thế bị động. Trong kế hoạch hỏi của mình, Luật sư cần căn cứ vào bảng ghi chép kết quả nghiên cứu, chuẩn bị các câu hỏi dành cho các đương sự trong vụ án. Phương án hỏi là bám vào các vấn đề về nội dung và tố tụng của vụ án. Tùy theo từng vụ việc tranh chấp và quan hệ lao động tranh chấp, Luật sư cần dự trù các câu hỏi làm rõ nội dung tranh chấp và những vấn đề mấu chốt của vụ kiện, những vấn đề mà các bên còn chưa thống nhất trong từng lĩnh vực cụ thể.

Do tranh chấp lao động thường có các yêu cầu khởi kiện cụ thể, Luật sư các bên không nên đưa ra các câu hỏi rộng, bao quát, không đi vào trọng tâm đối tượng tranh chấp. Luật sư cần lưu ý rằng không phải mọi câu hỏi đã được chuẩn bị sẵn đều cần phải đặt ra trong phần hỏi của mình tại phiên tòa, bởi như vậy có thể sẽ trùng lặp với các câu hỏi của người tham gia tố tụng khác đã hỏi trước. Đặc biệt, không được đặt câu hỏi liên quan đến danh dự, đời tư của người tham gia tố tụng khác, tránh vi phạm nguyên tắc hỏi đã được quy định tại khoản 2 Điều 249 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015. Như vậy, phương án hỏi của Luật sư có thể thay đổi tùy theo diễn biến thực tế tại phiên tòa sơ thẩm.

Một trong những nguyên tắc trong kỹ năng mà Luật sư cần lưu ý là không đưa ra các câu hỏi có thể gây bất lợi cho khách hàng và có lợi cho người tham gia tố tụng có quyền lợi đối lập với khách hàng. Do đó, trong từng vụ án tranh chấp lao động cụ thể, Luật sư nên tập trung đặt các câu hỏi vào các điểm yếu của khách hàng đối tụng và nhất thiết phải tránh đưa ra các câu hỏi bất lợi cho khách hàng của mình. Bên cạnh việc xây dựng kế hoạch hỏi, Luật sư cần dự đoán câu hỏi của đối phương để chuẩn bị sẵn câu trả lời cho khách hàng. Các câu hỏi và trả lời phải lôgic, ngắn gọn và liên kết với nhau, qua đó bộc lộ được các tình tiết khách quan của sự việc. Đặc biệt, Luật sư cần biết vận dụng các câu trả lời của các đương sự qua phần hỏi làm cơ sở xây dựng các luận điểm, nhất là vận dụng các câu trả lời của đương sự đối tụng làm cơ sở cho việc nhận định và đánh giá chứng cứ của mình trong phần trình bày bản luận cứ. Như vậy, chắc chắn phần tranh luận của Luật sư sẽ sinh động và có tính thuyết phục hơn.

5. Xây dựng bản luận cứ của Luật sư trong các tranh chấp lao động

Việc chuẩn bị kỹ phương án hỏi và vận dụng tốt kỹ năng hỏi nhằm mục đích làm sáng tỏ sự thật của vụ tranh chấp là cần thiết, nhưng chưa đủ, Luật sư còn cần biết vận dụng kết quả phần xét hỏi để phục vụ cho việc tranh luận tại phiên tòa; đặc biệt tại phiên tòa sơ thẩm mới thật sự đáp ứng được yêu cầu.

Với mục tiêu trên, Luật sư của các bên trong tranh chấp lao động cần xây dựng dự thảo bản luận cứ để sử dụng trong phần tranh luận của mình và trong trường hợp cần thiết thì bổ sung, cập nhật theo diễn tiến của phiên tòa. Để chuẩn bị được bản luận cứ phù hợp với cương vị tham gia tố tụng của mình, Luật sư có thể chuẩn bị dự thảo bản luận cứ theo một số nội dung chính và đề cương gợi ý sau đây:

- Luận cứ của Luật sư bảo vệ cho nguyên đơn:

Thực tế trong vụ án tranh chấp lao động thường gặp thì nguyên đơn là người lao động và bị đơn là người sử dụng lao động; trong đó hai bên đối lập nhau về quyền và lợi ích. Bị đơn là người sử dụng lao động cho rằng quyết định của mình là đúng pháp luật lao động. Ngược lại, nguyên đơn là người lao động thì cho rằng người sử dụng lao động đã không căn cứ vào các quy định của pháp luật lao động, nên đã xử lý vấn đề một cách tùy tiện, xâm hại quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động, từ đó dẫn đến tranh chấp.

Như vậy, phần nội dung chính bản luận cứ của Luật sư bảo vệ nguyên đơn (thường là người lao động) phải sử dụng các chứng cứ để đưa ra được các lập luận, luận điểm, chứng minh hành vi, quyết định của người sử dụng lao động đã không tuân thủ các quy định của pháp luật lao động, từ đó, kiến nghị Hội đồng xét xử chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn. Ngược lại, phần nội dung chính bản luận cứ của Luật sư bảo vệ cho bị đơn, thường là người sử dụng lao động, phải sử dụng các chứng cứ và vận dụng các quy định của pháp luật lao động để đưa ra được các lập luận, luận điểm chứng minh cho hành vi, quyết định của người sử dụng lao động trong tình huống đó là đúng pháp luật, nhằm bác bỏ các yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn.

Ví dụ, với tình huống tranh chấp về trường hợp bị đơn là người sử dụng lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động, thì Luật sư của nguyên đơn (người lao động) có thể xây dựng nội dung chính của bản luận cứ theo gợi ý sau để chứng minh tính trái pháp luật của người sử dụng lao động trong việc đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động:

1. Tôi khẳng định quyết định đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động số ....ngày.... tháng 5 năm 2015 của Tổng giám đốc công ty A đối với người lao động, anh B là trái pháp luật, bởi:

Thứ nhất công ty A không có quyền chấm dứt hợp đồng lao động đối với anh B theo điểm a khoản 1 Điều 38 Bộ luật lao động năm 2012 vì căn cứ quy định tại Điều 12 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP ngày 12-01-2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số nội dung của Bộ luật lao động năm 2012 thì khi người sử dụng lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động theo điểm a khoản 1 Điều 38 Bộ luật lao động năm 2012 thì trong quy chế của doanh nghiệp, người sử dụng lao động phải quy định cụ thể tiêu chí đánh giá mức độ hoàn thành công việc, làm cơ sở đánh giá người lao động thường xuyên không hoàn thành công việc theo hợp đồng lao động. Trong khi đó, doanh nghiệp A không có quy chế làm việc, bản nội quy lao động và thỏa ước lao động tập thể cũng như không có quy định nào về tiêu chí đánh giá mức độ hoàn thành công việc, nên trong trường hợp này, người sử dụng lao động đã không có cơ sở để cho rằng người lao động thường xuyên không hoàn thành công việc theo hợp đồng lao động. Như vậy, có cơ sở để khẳng định người sử dụng lao động đã chấm dứt hợp đồng lao động đối với anh B một cách tùy tiện, nói cách khác, là quyết định chấm dứt hợp đồng lao động của công ty A không có căn cứ pháp luật.

Cũng xin lưu ý rằng Nghị định số 05/2015/NĐ-CP của Chính phủ có hiệu lực kể từ ngày 01-3-2015, trong khi quyết định chấm dứt hợp đồng lao động đối với anh B được ban hành ngày...tháng 5 năm 2015. Điều 242 Bộ luật lao động năm 2012 quy định về trách nhiệm hướng dẫn thi hành Bộ luật lao động thuộc Chính phủ, nên Nghị định số 05/2015/NĐ-CP của Chính phủ có hiệu lực pháp luật, buộc các cá nhân, đơn vị, cơ quan liên quan phải nghiêm chỉnh chấp hành các quy định của Nghị định này.

Thứ hai, công ty A không tuân thủ quy định về nghĩa vụ báo trước cho người lao động khi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động được

quy định tại khoản 2 Điều 38 Bộ luật lao động năm 2012. Cụ thể, trong tình huống này, anh B đang làm việc theo loại hợp đồng lao động không xác định thời hạn, nên người sử dụng lao động phải báo trước tối thiểu 45 ngày. Trong khi đó, ngay ngày....tháng 5 năm 2015, khi anh B đến làm việc như thường lệ thì nhận được quyết định chấm dứt hợp đồng lao động và quyết định này có hiệu lực thi hành kể từ ngày ký. Như vậy, người sử dụng lao động đã không tuân thủ nghĩa vụ báo trước theo quy định của Bộ luật lao động.

2....... (có thể viện dẫn thêm điều khoản cụ thể của bản Nội quy lao động để chứng minh).

Căn cứ thực tế trên đây cho thấy trong trường hợp này rõ ràng người sử dụng lao động đã đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động đối với anh B không đúng quy định tại Điều 38 Bộ luật lao động năm 2012, cả về căn cứ và quy trình trong việc đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động. Do đó, căn cứ Điều 41 Bộ luật lao động năm 2012 quy định về đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật, tôi đã có đủ cơ sở để xác định quyết định chấm dứt hợp đồng lao động đối với anh B trong trường hợp này là trái pháp luật.

Căn cứ quy định tại Điều 42 Bộ luật lao động năm 2012 về nghĩa vụ của người sử dụng lao động khi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật, trên cương vị là người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của anh B, tôi kiến nghị Hội đồng xét xử chấp nhận toàn bộ yêu cầu của anh B. Cụ thể là:.... (trình bày cụ thể từng yêu cầu).

- Luận cứ của Luật sư bảo vệ cho bị đơn:

Trách nhiệm của Luật sư bảo vệ cho bị đơn (người sử dụng lao động) tại phiên tòa trong vụ án lao động thường khó khăn hơn so với Luật sư của nguyên đơn (người lao động) ở chỗ: Luật sư của nguyên đơn (người lao động) chỉ cần chứng minh người sử dụng lao động vi phạm vào một trong những quy định của pháp luật lao động về quan hệ lao động tranh chấp là đã chứng minh được tính trái pháp luật của hành

vi, quyết định của người sử dụng lao động. Trong khi đó, Luật sư của bị đơn (người sử dụng lao động) trong hầu hết các trường hợp phải chứng minh người sử dụng lao động không vi phạm bất kỳ quy định nào về quan hệ lao động tranh chấp thì mới được Tòa án chấp nhận.

Ví dụ, trong tình huống tranh chấp về trường hợp người lao động bị xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải sau đây, thì Luật sư của bị đơn (người sử dụng lao động) có thể tham khảo xây dựng bản luận cứ theo gợi ý sau để chứng minh quyết định xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải của người sử dụng lao động là phù hợp theo pháp luật lao động; trên cơ sở đó mới có thể đề nghị Hội đồng xét xử chấp nhận và bác bỏ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn (người lao động).

1. Tôi khẳng định quyết định xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải của Tổng giám đốc công ty A đối với người lao động, anh B là hoàn toàn đúng pháp luật lao động, bởi:

Thứ nhất, về căn cứ pháp lý áp dụng hình thức xử lý kỷ luật lao động sa thải: Anh B đã có hành vi gây gổ, đánh anh C tại phân xưởng. Đây là hành vi được quy định tại khoản 1 Điều 126 Bộ luật lao động năm 2012 và được bản Nội quy lao động quy định cụ thể tại Điều 34 Nội quy lao động của Công ty A. Bản nội quy lao động này đã được Ban quản lý các khu công nghiệp phê duyệt; theo đó người lao động nào có hành vi đánh nhau trong phạm vi doanh nghiệp sẽ bị xử lý kỷ luật bằng hình thức sa thải. Hành vi vi phạm này cũng được ghi nhận tại Biên bản vi phạm được lập ngay sau đó với sự chứng kiến của hai công nhân làm việc cùng bộ phận với anh B, có chữ ký xác nhận của người lao động vi phạm là anh B.

Thứ hai, công ty A đã tuân thủ quy định về thủ tục và trình tự xử lý kỷ luật lao động tại Điều 123 Bộ luật lao động năm 2012. Cụ thể là vào ngày...tháng... (sau ngày anh B vi phạm 25 ngày), người sử dụng lao động đã tổ chức họp xử lý kỷ luật lao động với sự tham dự của bản thân người lao động vi phạm là anh B; đại diện Ban chấp hành công đoàn cơ sở và quản đốc phân xưởng nơi anh B làm việc. Tại phiên họp, anh B thừa nhận có đấm mạnh vào mặt anh C một cái. Đúng là anh C bị đau

thật, nhưng chưa hề gây thương tích cho anh B, nên không phải là hành vi cố ý gây thương tích, kiến nghị hội đồng kỷ luật xem xét.

Qua phát biểu của các thành viên tham dự họp, cuối cùng toàn thể phiên họp, trong đó có ý kiến của đại diện Ban chấp hành công đoàn cơ sở cũng kiến nghị Tổng giám đốc áp dụng hình thức sa thải đối với anh B để làm gương và bảo đảm trật tự trong doanh nghiệp. Phiên họp được lập biên bản với chữ ký của các thành viên tham dự, riêng anh B không đồng ý ký tên trong biên bản vì không đồng tình với đề nghị áp dụng hình thức sa thải đối với hành vi vi phạm của anh. Việc người lao động, anh B dự họp nhưng không đồng ý ký tên trên biên bản họp đã được người đại diện Ban chấp hành công đoàn dự họp xác nhận.

2. Sau phiên họp, ngày...tháng ..năm....(05 ngày sau khi họp xử lý kỷ luật lao động), việc Tổng giám đốc công ty A; đồng thời cũng là người sử dụng lao động đã ban hành quyết định xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải đối với anh B là đúng thẩm quyền xử lý kỷ luật lao động (theo quy định tại khoản 4 Điều 30 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP).

3. Hành vi đánh anh C được anh B thừa nhận nhiều lần, nhưng lại cho rằng hậu quả chưa gây thương tích cho anh C, nên không phải là hành vi cố ý gây thương tích theo quy định tại khoản 1 Điều 126 Bộ luật lao động năm 2012 là không có cơ sở. Bởi ngay sau khi anh B đấm vào mặt anh C một cái thì hai công nhân cùng làm việc ở bộ phận với anh B và anh C đã kịp thời can ngăn, nên sự việc được dừng lại. Việc chưa gây thương tích cho anh C là nằm ngoài ý muốn của anh B. Khoản 1 Điều 126 Bộ luật lao động năm 2012 chỉ quy định người lao động có hành vi cố ý gây thương tích tại nơi làm việc là bị xử lý kỷ luật theo hình thức sa thải, không bắt buộc phải đã gây thương tích cho người khác, nên việc cho rằng anh B đã vi phạm khoản 1 Điều 126 Bộ luật lao động năm 2012 là có căn cứ.

4. Ngoài ra, việc xử lý kỷ luật lao động đối với anh B hoàn toàn trong thời hiệu xử lý kỷ luật theo quy định tại Điều 124 Bộ luật lao động năm 2012: (Luật sư diễn giải về thời điểm xảy ra hành vi vi phạm là ngày .....tính đến ngày Tổng giám đốc công ty A ban hành quyết định

xử lý kỷ luật lao động sa thải chỉ 30 ngày; trong khi Điều 124 Bộ luật lao động năm 2012 quy định về thời hiệu xử lý kỷ luật lao động đối với hành vi vi phạm này tối da là 6 tháng kể từ ngày xảy ra vi phạm).

5. Thêm nữa, hồ sơ vụ án đã được làm rõ tại phiên tòa còn cho thấy trong trường hợp này, người sử dụng lao động không hề vi phạm các điều cấm trong quá trình xử lý kỷ luật lao động theo quy định tại khoản 4 và khoản 5 Điều 123 Bộ luật lao động năm 2012.

Sau khi phân tích và dẫn chứng như trên, Luật sư của bị đơn khẳng định một lần nữa rằng quyết định xử lý kỷ luật lao động đối với anh B là hoàn toàn phù hợp các quy định của pháp luật lao động hiện hành. Từ đó kiến nghị Hội đồng xét xử xem xét bác toàn bộ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn, anh B, nguyên là người lao động của công ty A là không những đúng pháp luật mà còn cần thiết để đảm bảo kỷ cương lao động trong doanh nghiệp.

Nội dung gợi ý dự thảo bản luận cứ của Luật sư của bị đơn là người sử dụng lao động trên cho thấy, Luật sư của người sử dụng lao động trong vụ án tranh chấp về xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải phải đồng thời chứng minh quyết định của người sử dụng lao động phù hợp pháp luật lao động và không vi phạm bất kỳ quy định nào có liên quan trong việc xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động mà pháp luật đã quy định. Ngược lại, Luật sư của người lao động trong các vụ tranh chấp lao động về xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải chỉ cần chứng minh người sử dụng lao động vi phạm bất kỳ quy định nào trong đó, ví dụ quyết định xử lý kỷ luật lao động không do người sử dụng lao động ký hoặc việc xử lý kỷ luật đã quá thời hiệu xử lý kỷ luật lao động là đã đủ chứng minh quyết định xử lý kỷ luật lao động đó là trái pháp luật. Khi đó, người sử dụng lao động phải gánh chịu hậu quả pháp lý theo quy định của pháp luật lao động.

Chương 17
KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TRONG TỐ TỤNG TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

I. TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm cơ bản về trọng tài, khung pháp lý và các thể chế liên quan

Khoản 1 Điều 3 Luật trọng tài thương mại năm 2010 quy định: "Trọng tài thương mại là phương thức giải quyết tranh chấp do các bên thỏa thuận và được tiến hành theo quy định của Luật này". Trọng tài thương mại là một trong những phương thức giải quyết tranh chấp những vụ án không thuộc phạm vi giải quyết độc quyền của Tòa án như đất đai, hành chính, các vụ kiện liên quan đến người tiêu dùng khi chưa có sự đồng ý của người tiêu dùng về việc đưa vụ việc ra trọng tài, các vụ án về lao động, hôn nhân, gia đình tại một cơ quan khác ngoài Tòa án theo Điều 17 Luật trọng tài thương mại năm 2010. Trọng tài thương mại chỉ được sử dụng như một phương thức tranh tụng thay thế Tòa án khi các bên có một thỏa thuận giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài hợp lệ và theo đúng quy định pháp luật trong hợp đồng.

Thỏa thuận trọng tài được lập dưới hình thức là 01 điều khoản trọng tài ngay trong hợp đồng giữa các bên hoặc một thỏa thuận riêng biệt trước hoặc sau thời điểm xảy ra tranh chấp.

Lưu ý, nếu thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc không thực hiện được thì vụ tranh chấp sẽ được giải quyết tại Tòa án. Ngược lại, Tòa án phải từ chối thụ lý vụ kiện nếu các bên đã có một thoả thuận trọng tài hợp lệ bằng điều khoản trong hợp đồng hoặc một thoả thuận riêng

(Điều 6 Luật trọng tài thương mại năm 2010). Nếu hợp đồng không lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp và cũng không có một thỏa thuận nào khác giữa các bên khi xảy ra tranh chấp thì tranh chấp sẽ được giải quyết tại Tòa án có thẩm quyền.

Khi lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, các bên tranh chấp có thể lựa chọn giải quyết tranh chấp bằng trọng tài quy chế theo quy tắc tố tụng của một Trung tâm trọng tài hoặc trọng tài vụ việc (ad hoc) theo quy tắc do các bên tự thỏa thuận.

Cho dù điều khoản trọng tài quy định vụ tranh chấp sẽ được giải quyết theo trọng tài quy chế hay trọng tài vụ việc thì cũng luôn tồn tại một chi tiết rất quan trọng là "Seat of arbitration" (thuật ngữ không này không có từ tương đương trong tiếng Việt, nhưng có thể tạm dịch là "địa điểm trọng tài"). Tuy nhiên, khi sử dụng cụm từ "địa điểm trọng tài" cũng cần nên phân biệt rằng bản chất của cụm từ này là có ý nghĩa ấn định pháp luật quốc gia sẽ được áp dụng để điều chỉnh tranh chấp được giải quyết bằng tố tụng trọng tài chứ không phải "place of arbitration", nơi mà phiên xử trọng tài thực sự được diễn ra. Không loại trừ trường hợp "địa điểm trọng tài" (Seat of arbitration) ở một quốc gia (tức luật áp dụng để điều chỉnh trong giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài là luật của một nước) nhưng địa điểm giải quyết tranh chấp trên thực tế lại diễn ra tại một quốc gia khác theo quyết định của Hội đồng trọng tài.

Nếu "địa điểm trọng tài" (Seat of Arbitration) là Việt Nam thì luật của Việt Nam liên quan đến trọng tài sẽ chi phối các vấn đề về: (1) Thủ tục của vụ kiện trọng tài; và (2) Mối liên hệ giữa Trọng tài và Tòa án trong các việc: Hỗ trợ biện pháp khẩn cấp tạm thời; Hủy phán quyết trọng tài; Thi hành phán quyết trọng tài.

Việc phân biệt luật áp dụng cho thủ tục tranh tụng trọng tài và luật nội dung tức luật chi phối hợp đồng cũng như luật chi phối sự tồn tại và giá trị của thỏa thuận trọng tài là một vấn đề vô cùng quan trọng mà một Luật sư khi tham gia tranh tụng trọng tài cần phải hiểu rõ. Đây cũng là một trong những vấn đề gây nhiều tranh cãi giữa Luật sư của các bên tranh chấp trong tranh tụng trọng tài.

2. Thỏa thuận trọng tài và các vấn đề phát sinh

Trong các hợp đồng ngoài những điều khoản chính quy định bản chất và cách thức giao dịch, còn có một điều khoản rất quan trọng mà các Luật sư đôi khi chưa có sự lưu tâm đúng mức, đó là điều khoản về giải quyết tranh chấp. Điều khoản này thường được giới Luật sư gọi là "điều khoản lúc nửa đêm" vì các bên thường bỏ nhiều công sức để thỏa thuận những vấn đề liên quan đến giao dịch và cách bảo vệ các giao dịch đó, đến lúc sắp hết thời gian soạn thảo mới nghĩ đến điều khoản chi phối việc giải quyết tranh chấp ra sao và bằng phương thức gì, theo luật nào, v.v.. Thông thường, nếu hợp đồng không đề cập đến giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài thì tranh chấp đương nhiên được giải quyết tại Tòa án có thẩm quyền.

Trường hợp các bên tại hợp đồng có ghi nhận việc giải quyết tranh chấp bằng phương thức giải quyết tranh chấp thay thế (Alternative Dispute Resolution - ADR), cụ thể là phương thức trọng tài, thì Tòa án sẽ từ chối thụ lý vụ kiện (Điều 6 Luật trọng tài thương mại 2010) trừ khi: (1) Thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc không thực hiện được; (2) Các bên có thỏa thuận khác bằng văn bản về việc cùng lựa chọn Tòa án giải quyết.

Thỏa thuận trọng tài là việc xác định cách thức, trình tự, thủ tục, thẩm quyền và trách nhiệm của các bên liên quan khi cần giải quyết những tranh chấp, bất đồng phát sinh từ hoặc liên quan đến hợp đồng bằng con đường tranh tụng tại trọng tài, có thể là trọng tài tại các trung tâm hay trọng tài vụ việc. Thỏa thuận trọng tài có thể được lập trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp dưới hình thức một điều khoản nằm trong hợp đồng hay bản riêng đi kèm hợp đồng. Dù thỏa thuận trọng tài được lập như một điều khoản nằm trong hợp đồng, thì thực chất đây vẫn là một thỏa thuận riêng biệt có nội dung khác biệt và giá trị độc lập với hợp đồng. Thỏa thuận trọng tài có bị vô hiệu hay điều chỉnh, bổ sung vẫn không ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng chính, hay nói cách khác, ngay cả khi hợp đồng chính bị thay đổi, hủy bỏ, vô hiệu, hết hiệu lực thì thỏa thuận trọng tài vẫn có giá trị, trừ khi các bên có sự sửa đổi,

bổ sung hay thay thế điều khoản thỏa thuận trọng tài. Thông thường, luật chi phối sự thành lập, tồn tại và tính hiệu lực của thỏa thuận trọng tài (điều khoản trọng tài) là luật áp dụng cho hợp đồng, trừ khi quy định khác tại điều khoản trọng tài.

Không phải tất cả các thỏa thuận trọng tài đều có hiệu lực và có giá trị áp dụng. Để thỏa thuận trọng tài có hiệu lực, Luật sư cần lưu ý:

Về hình thức, thỏa thuận trọng tài phải là sự thể hiện của sự thống nhất ý chí của các bên tham gia quan hệ thương mại;

Về thẩm quyền, không phải mọi tranh chấp đều có thể giải quyết được bằng trọng tài, đặc biệt là khi pháp luật nơi diễn ra tranh chấp không cho phép giải quyết loại tranh chấp đó thông qua hình thức trọng tài. Ví dụ, tại Việt Nam, một số loại tranh chấp thuộc về đặc quyền của Tòa án;

Về năng lực chủ thể, đây là một trong những lý do để các bên đưa ra nhằm vô hiệu điều khoản trọng tài;

Về ý chí tự nguyện của chủ thể, đây là sự tự do thỏa thuận và thống nhất ý chí giữa các bên.

3. Tố tụng trọng tài

Để quá trình tố tụng trọng tài được khởi động, nguyên đơn phải gửi đơn kiện đến Trung tâm trọng tài (trong trường hợp giải quyết bằng Trung tâm trọng tài) hoặc gửi đơn kiện cho bị đơn (trong trường hợp giải quyết bằng trọng tài vụ việc) theo khoản 1 Điều Điều 40 và 41 Luật trọng tài thương mại năm 2010. Căn cứ vào Điều 31 Luật trọng tài thương mại năm 2010, đối với tranh chấp được giải quyết tại Trung tâm trọng tài, thời điểm bắt đầu tố tụng trọng tài được tính từ khi Trung tâm trọng tài nhận được đơn kiện của nguyên đơn, còn đối với Trọng tài vụ việc, thời điểm bắt đầu tố tụng được tính từ khi bị đơn nhận được đơn khởi kiện của nguyên đơn (nếu các bên không có thỏa thuận khác). Trong quá trình tố tụng, các bên có thể bổ sung, sửa đổi đơn kiện.

Đơn kiện phải đáp ứng đầy đủ các thông tin quy định tại các khoản 2 và 3 Điều 30 Luật trọng tài thương mại năm 2010. Ngoài ra, đơn khởi

kiện cũng phải thể hiện rõ ý chí trong việc lựa chọn trọng tài viên của nguyên đơn. Kèm theo đơn kiện các bên phải gửi theo bản thỏa thuận trọng tài. Đây là tài liệu quan trọng để Trung tâm trọng tài đánh giá tranh chấp có được thụ lý hay không.

Thời hiệu khởi kiện theo tố tụng trọng tài là hai năm kể từ thời điểm quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm hại, trừ trường hợp luật chuyên ngành có quy định khác (Điều 33 Luật trọng tài thương mại năm 2010).

a) Hội đồng trọng tài:

Nếu vụ tranh chấp được giải quyết bằng Trung tâm trọng tài, mỗi bên trong tranh chấp sẽ chọn một trọng tài viên hoặc đề nghị Trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên. Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày được lựa chọn hoặc chỉ định, các trọng tài viên này sẽ cùng chọn ra một trọng tài viên thứ ba làm chủ tịch Hội đồng trọng tài. Nếu hết hạn này mà việc bầu không thực hiện được thì trong vòng 07 ngày, kể từ ngày hết thời hạn nêu trên, Chủ tịch Trung tâm trọng tài sẽ chỉ định Chủ tịch Hội đồng trọng tài (khoản 3 Điều 40 Luật trọng tài thương mại năm 2010).

Nếu vụ tranh chấp được giải quyết bằng trọng tài vụ việc, ngay từ khi nguyên đơn gửi đơn kiện cho bị đơn, đã chọn trọng tài viên cho mình và bị đơn trong bản tự bảo vệ cũng đã chọn ra một trọng tài viên. Hai trọng tài này sẽ bầu ra một trọng tài viên khác làm Chủ tịch Hội đồng trọng tài. Khác với trọng tài trung tâm, trường hợp này, nếu bị đơn không chọn trọng tài viên thì một hoặc các bên có quyền yêu cầu Tòa án chỉ định trọng tài viên cho các bị đơn theo quy định tại khoản 2 Điều 41 Luật trọng tài thương mại năm 2010. Thẩm quyền của Tòa án được quy định cụ thể tại khoản 2 Điều 7 Luật trọng tài thương mại năm 2010.

b) Thẩm quyền của Hội đồng trọng tài:

Đối với các tranh chấp có yếu tố nước ngoài, tranh chấp mà ít nhất một bên là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, mà các bên không có thỏa thuận về ngôn ngữ sử dụng, thì Hội đồng trọng tài có quyền

quyết định: Ngôn ngữ sử dụng trong tố tụng trọng tài; Pháp luật áp dụng giải quyết tranh chấp mà Hội đồng trọng tài cho là phù hợp nhất theo khoản 2 Điều 10, khoản 2 Điều 14 Luật trọng tài thương mại năm 2010;

Hội đồng trọng tài cũng có quyền quyết định địa điểm giải quyết tranh chấp trong trường hợp các bên không có thỏa thuận theo khoản 2 Điều 11 Luật trọng tài thương mại năm 2010;

Tại Điều 63 Luật trọng tài thương mại năm 2010, Hội đồng trọng tài có quyền chủ động hoặc do yêu cầu của các bên, sửa những lỗi rõ ràng về chính tả, số liệu do nhầm lẫn hoặc tính toán sai, hoặc ra phán quyết bổ sung. Trường hợp cần thiết, Hội đồng trọng tài có thể gia hạn việc sửa chữa, bổ sung phán quyết.

Đặc biệt, Hội đồng trọng tài có các thẩm quyền như sau (các điều 45, 46, 47, 49 Luật trọng tài thương mại năm 2010):

- Xác minh sự việc;

- Thu thập chứng cứ;

- Triệu tập người làm chứng;

- Áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, thay đổi bổ sung, hủy bỏ biện pháp khẩn cấp tạm thời. Các biện pháp khẩn cấp tạm thời Hội đồng trọng tài có thẩm quyền áp dụng được quy định tại Điều 49 Luật trọng tài thương mại năm 2010.

- Hòa giải tranh chấp theo yêu cầu của các bên;

- Đình chỉ giải quyết vụ việc;

- Ra phán quyết buộc các bên phải thi hành.

c) Hồ sơ, chứng cứ:

Cần lưu ý trong tố tụng trọng tài, các bản giải trình, văn thư giao dịch và tài liệu khác của mỗi bên khi gửi đến Hội đồng trọng tài phải gửi với số bản để mỗi thành viên trong Hội đồng trọng tài có một bản, đương sự khác một bản và một bản lưu tại Trung tâm trọng tài (khoản 1 Điều 12 Luật trọng tài thương mại năm 2010). Ví dụ, nếu Hội đồng trọng tài có 3 trọng tài viên, thì các bên khi giao nộp hồ sơ, tài liệu sẽ gửi 05 bản cho Hội đồng trọng tài/Trung tâm trọng tài.

Đối với tố tụng tòa án, hồ sơ, chứng cứ có thể được các bên giao nộp vào bất kỳ thời điểm/giai đoạn nào của tố tụng. Tuy nhiên, trong tố tụng trọng tài, thông thường, hồ sơ, chứng cứ phải được nộp trước khi phiên họp giải quyết tranh chấp diễn ra, đây là một trong những điều thể hiện sự thiện chí trong giải quyết của các bên.

d) Biện pháp khẩn cấp tạm thời:

- Thẩm quyền ban hành các lệnh tạm thời trong tố tụng trọng tài:

Trên cơ sở yêu cầu của các bên, Hội đồng trọng tài, Tòa án có quyền áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời theo quy định tại Điều 48, khoản 1 Điều 49 Luật trọng tài thương mại năm 2010.

Một lưu ý trong trường hợp yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời là các bên chỉ được quyền yêu cầu hoặc là Hội đồng trọng tài, hoặc là Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời. Nếu một trong các bên đã yêu cầu Tòa án hoặc Hội đồng trọng tài áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời mà sau đó lại tiếp tục có đơn yêu cầu cơ quan còn lại áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời thì Hội đồng trọng tài hoặc Tòa án phải từ chối, trừ trường hợp yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời không thuộc thẩm quyền của Hội đồng trọng tài (khoản 3 Điều 49, khoản 5 Điều 53 Luật trọng tài thương mại năm 2010).

Lưu ý thứ hai là khái niệm trọng tài ở đây được hiểu là Hội đồng trọng tài được bầu/chỉ định để tiến hành giải quyết tranh chấp bởi các bên liên quan, chứ không phải là Trung tâm trọng tài.

Tại Việt Nam, thông thường, các bên vẫn ưu tiên yêu cầu Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời vì cho rằng Tòa án là một cơ quan công quyền và khả năng thực thi theo quy định của pháp luật về tố tụng dân sự, khả năng thực thi sẽ cao hơn. Lệnh đó do Hội đồng trọng tài ban hành, sẽ phải được sửa các quy định tương ứng về thi hành án trước khi thực thi, để bảo đảm lệnh của Hội đồng trọng tài cũng có hiệu lực thi hành. Hơn nữa, trong trường hợp nguyên đơn nộp đơn khởi kiện tại Trung tâm trọng tài và đơn yêu cầu áp dụng biện pháp

khẩn cấp tạm thời tại Tòa án, thì người yêu cầu, tại thời điểm này, sẽ không phải mất thời gian chờ thành lập Hội đồng trọng tài, Tòa án và hệ thống thi hành giúp việc thực thi biện pháp liên thông hơn.

- Chứng cứ cần thiết của biện pháp khẩn cấp tạm thời:

Trong quá trình nộp đơn yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, bên yêu cầu phải có chứng cứ và lý do thuyết phục để được áp dụng một biện pháp khẩn cấp hợp lý căn cứ theo Điều 50 Luật trọng tài thương mại năm 2010 và khoản 1 Điều 133 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

- Biện pháp bảo đảm tương đương:

Tương tự quy định trong tố tụng dân sự, tố tụng trọng tài cũng buộc người yêu cầu biện pháp khẩn cấp tạm thời phải gửi tiền, vàng, đá quý, giấy tờ có giá hay tài sản khác do Hội đồng trọng tài hoặc Tòa án ấn định làm biện pháp bảo đảm để cơ quan tài phán ra các lệnh tạm thời. Số tiền hay tài sản bảo đảm phải tương đương nghĩa vụ tài sản mà người có nghĩa vụ phải thi hành lệnh áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của Tòa án phải thực hiện hoặc tương ứng giá trị thiệt hại có thể phát sinh do lệnh tạm thời mà Hội đồng trọng tài gây ra khi được áp dụng (khoản 3 Điều 50 Luật trọng tài thương mại năm 2010, Điều 136 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015).

- Thi hành các biện pháp khẩn cấp tạm thời:

Khoản 5 Điều 50 Luật trọng tài thương mại năm 2010 quy định các biện pháp khẩn cấp tạm thời do Hội đồng trọng tài ban hành được thi hành theo quy định của pháp luật thi hành án dân sự. Nếu các lệnh áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời do Tòa án ban hành thì sẽ được thi hành theo Điều 142 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 và pháp luật thi hành án dân sự.

đ) Xét xử:

Trước khi đi vào phiên họp giải quyết tranh chấp, Hội đồng trọng tài phải xem xét hiệu lực của thỏa thuận trọng tài và thẩm quyền của Hội đồng trọng tài (khoản 1 Điều 43 Luật trọng tài thương mại năm 2010).

Trước ngày mở phiên họp giải quyết tranh chấp phải thông báo cho các bên chậm nhất 30 ngày (Điều 54 Luật trọng tài thương mại năm 2010). Trường hợp xin hoãn phiên họp, bên yêu cầu phải gửi thông báo bằng văn bản đến Hội đồng trọng tài chậm nhất 07 ngày làm việc trước ngày mở phiên họp giải quyết tranh chấp (Điều 57 Luật trọng tài thương mại năm 2010).

Phiên họp giải quyết tranh chấp được tiến hành không công khai, trừ khi các bên có thỏa thuận khác. Trình tự, thủ tục tiến hành phiên họp sẽ do quy tắc tố tụng trọng tài của mỗi Trung tâm trọng tài quy định.

Nguyên đơn đã được triệu tập hợp lệ tham dự phiên họp giải quyết tranh chấp mà vắng mặt không có lý do chính đáng hoặc rời phiên họp giải quyết tranh chấp mà không được Hội đồng trọng tài chấp thuận thì bị coi là đã rút đơn khởi kiện. Trong trường hợp này, Hội đồng trọng tài tiếp tục giải quyết tranh chấp nếu bị đơn có yêu cầu hoặc có đơn kiện lại. Bị đơn đã được triệu tập hợp lệ tham dự phiên họp giải quyết tranh chấp mà vắng mặt không có lý do chính đáng hoặc rời phiên họp giải quyết tranh chấp mà không được Hội đồng trọng tài chấp thuận thì Hội đồng trọng tài vẫn tiếp tục giải quyết tranh chấp căn cứ vào tài liệu và chứng cứ hiện có theo Điều 56 Luật trọng tài thương mại năm 2010.

4. Phán quyết, hủy phán quyết và thi hành phán quyết

a) Phán quyết trọng tài:

Phán quyết trọng tài là quyết định của Hội đồng trọng tài giải quyết toàn bộ nội dung vụ tranh chấp và chấm dứt tố tụng. Phán quyết trọng tài được lập theo nguyên tắc biểu quyết đa số, trong trường hợp biểu quyết không đạt đa số thì phán quyết được lập theo ý kiến của Chủ tịch Hội đồng trọng tài.

Phán quyết trọng tài phải có các nội dung chủ yếu theo Điều 61 Luật trọng tài thương mại năm 2010 và phải được lập thành văn bản. Phán quyết trọng tài là chung thẩm và có hiệu lực kể từ ngày ban hành.

Riêng đối với phán quyết trọng tài vụ việc, quy định tại Điều 62 Luật trọng tài thương mại năm 2010, theo yêu cầu của một bên, phán quyết

trọng tài vụ việc được đăng ký với Tòa án có thẩm quyền trước khi yêu cầu cơ quan thi hành án có thẩm quyền thi hành phán quyết. Tuy nhiên, việc không đăng ký phán quyết trọng tài vụ việc không ảnh hưởng đến nội dung và giá trị pháp lý của phán quyết trọng tài.

Sau khi ra phán quyết, Hội đồng trọng tài có thể sửa phán quyết, giải thích phán quyết hoặc ra phán quyết bổ sung. Thời hạn và thủ tục để thực hiện việc sửa chữa, giải thích hay ra phán quyết bổ sung tuân theo Điều 63 Luật trọng tài thương mại năm 2010.

b) Hủy phán quyết trọng tài:

Phán quyết trọng tài được Tòa án xem xét hủy khi có đơn yêu cầu của một bên và thỏa mãn một trong những căn cứ sau: Không có thỏa thuận trọng tài hoặc thỏa thuận trọng tài vô hiệu; Thành phần Hội đồng trọng tài, thủ tục tố tụng trọng tài không phù hợp với thỏa thuận các bên hoặc trái với quy định của Luật trọng tài thương mại; Vụ tranh chấp không thuộc thẩm quyền của Hội đồng trọng tài, trường hợp phán quyết trọng tài có nội dung không thuộc thẩm quyền của Hội đồng trọng tài thì nội dung đó bị hủy; Chứng cứ do các bên cung cấp mà Hội đồng trọng tài căn cứ vào đó để ra phán quyết là giả mạo, Trọng tài viên nhận tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất khác của một bên tranh chấp ảnh hưởng đến tính khách quan, công bằng của phán quyết trọng tài; Phán quyết trọng tài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam (khoản 2 Điều 68 Luật trọng tài thương mại năm 2010).

Thủ tục hủy phán quyết trọng tài được quy định tại Điều 71 Luật trọng tài thương mại năm 2010. Theo đó, Tòa án không xem xét lại nội dung tranh chấp cũng như trình tự, thủ tục tố tụng mà chỉ xem phán quyết trọng tài đã tuyên có thuộc các trường hợp được quy định tại Điều 68 Luật trọng tài thương mại năm 2010 hay không. Nếu thuộc một trong các trường hợp đó, Tòa án ra quyết định hủy phán quyết trọng tài. Nếu không thuộc một trong các trường hợp quy định tại Điều 68 Luật trọng tài thương mại năm 2010, thì Tòa án ra quyết định không hủy phán quyết trọng tài và khi đó phán quyết của trọng tài sẽ có hiệu lực.

c) Thi hành phán quyết trọng tài:

Việc thi hành phán quyết trọng tài do các bên tự nguyện tiến hành. Theo khoản 1 Điều 66 Luật trọng tài thương mại năm 2010, nếu hết thời hạn thi hành mà bên phải thi hành phán quyết không tự nguyện thi hành và không có yêu cầu hủy phán quyết thì bên được thi hành có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án dân sự thi hành phán quyết trọng tài.

Cơ quan thi hành án dân sự tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi Hội đồng trọng tài ra phán quyết là cơ quan có thẩm quyền thi hành phán quyết trọng tài (khoản 1 Điều 8 Luật trọng tài thương mại năm 2010).

Để tiến hành thủ tục yêu cầu thi hành phán quyết trọng tài, bên yêu cầu thi hành phán quyết trọng tài phải làm đơn yêu cầu thi hành phán quyết trọng tài và nộp tại cơ quan thi hành án dân sự tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi Hội đồng trọng tài ra phán quyết trọng tài. Để xác định nơi Hội đồng trọng tài ra phán quyết trọng tài, các bên cần dựa vào phán quyết trọng tài, trong đó chỉ rõ nơi lập phán quyết trọng tài.

5. Phán quyết trọng tài nước ngoài và công nhận/thi hành tại Việt Nam

a) Phán quyết của trọng tài nước ngoài:

Phán quyết của trọng tài nước ngoài là phán quyết do trọng tài nước ngoài tuyên ở ngoài lãnh thổ Việt Nam hoặc ở trong lãnh thổ Việt Nam để giải quyết tranh chấp do các bên thỏa thuận lựa chọn. Phán quyết của trọng tài nước ngoài muốn được thi hành tại Việt Nam phải thông qua thủ tục công nhận và cho thi hành (Phần thứ bảy, Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015).

b) Công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài tại Việt Nam:

Việc công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài tại Việt Nam sẽ được tiến hành theo: Công ước về công nhận và thi hành các quyết định trọng tài năm 1958 (Sau đây gọi tắt là

công ước New York); Các quy định tại Chương XXXVII của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

Tòa án không công nhận phán quyết của Trọng tài nước ngoài khi xét thấy chứng cứ do bên phải thi hành cung cấp cho Tòa án để phản đối yêu cầu công nhận là có căn cứ, hợp pháp và phán quyết trọng tài thuộc một trong các trường hợp sau đây:

- Các bên ký kết thỏa thuận trọng tài không có năng lực để ký kết thỏa thuận đó theo pháp luật được áp dụng cho mỗi bên;

- Thỏa thuận trọng tài không có giá trị pháp lý theo pháp luật của nước mà các bên đã chọn để áp dụng hoặc theo pháp luật của nước nơi phán quyết đã được tuyên, nếu các bên không chọn pháp luật áp dụng cho thỏa thuận đó;

- Cơ quan, tổ chức, cá nhân phải thi hành không được thông báo kịp thời và hợp thức về việc chỉ định Trọng tài viên, về thủ tục giải quyết vụ tranh chấp tại Trọng tài nước ngoài hoặc vì nguyên nhân chính đáng khác mà không thể thực hiện được quyền tố tụng của mình;

- Phán quyết của Trọng tài nước ngoài được tuyên về một vụ tranh chấp không được các bên yêu cầu giải quyết hoặc vượt quá yêu cầu của các bên ký kết thỏa thuận trọng tài. Trường hợp có thể tách được phần quyết định về vấn đề đã được yêu cầu và phần quyết định về vấn đề không được yêu cầu giải quyết tại Trọng tài nước ngoài thì phần quyết định về vấn đề được yêu cầu giải quyết có thể được công nhận và cho thi hành tại Việt Nam;

- Thành phần của Trọng tài nước ngoài, thủ tục giải quyết tranh chấp của Trọng tài nước ngoài không phù hợp với thỏa thuận trọng tài hoặc với pháp luật của nước nơi phán quyết của Trọng tài nước ngoài đã được tuyên, nếu thỏa thuận trọng tài không quy định về các vấn đề đó;

- Phán quyết của Trọng tài nước ngoài chưa có hiệu lực bắt buộc đối với các bên;

- Phán quyết của Trọng tài nước ngoài bị cơ quan có thẩm quyền của nước nơi phán quyết đã được tuyên hoặc của nước có pháp luật đã được áp dụng hủy bỏ hoặc đình chỉ thi hành.

6. Vai trò của Luật sư trong hoạt động trọng tài thương mại

Luật sư, trong quá trình hành nghề, chính là bên trung gian hòa giải và là người khuyến khích áp dụng và phổ biến các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại ngoài tố tụng cho thân chủ, là cầu nối giữa các bên đương sự với Hội đồng trọng tài. Bằng việc đưa ra những lập luận và tài liệu chứng cứ thuyết phục, Luật sư giúp Hội đồng trọng tài làm rõ những chi tiết của sự việc để có phán quyết công bằng hơn cho khách hàng của mình. Đặc biệt, trong quá trình tố tụng trọng tài, Luật sư cần bảo đảm thay mặt khách hàng hoặc tư vấn khách hàng thực hiện đầy đủ, đúng quy định các thủ tục tố tụng cần thiết, đồng thời theo dõi sát sao hành vi của các bên, diễn tiến của vụ việc để tìm ra các biểu hiện, bằng chứng của những vi phạm, sai sót trong quá trình tố tụng gây bất lợi cho khách hàng, thực hiện các biện pháp cần thiết nhằm bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho khách hàng như: Phản đối, khiếu nại, kiện ra Tòa án nhằm yêu cầu hủy phán quyết, v.v., phù hợp với các quy định pháp luật.

Kỹ năng tham gia của Luật sư trong tố tụng trọng tài cũng tương tự như quá trình Luật sư tham gia tố tụng Tòa án. Tuy nhiên, do đặc điểm tố tụng trọng tài thân thiện, bảo mật, nên Luật sư cần nghiên cứu kỹ Quy tắc tố tụng của các Trung tâm trọng tài để hiểu biết rõ vị thế của mình, đồng thời tiến hành các thủ tục đăng ký, tham gia tố tụng và ứng xử một cách chuẩn mực nhằm bảo vệ được tốt nhất quyền và lợi ích của khách hàng.

II. GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP BẰNG HÒA GIẢI KHÁC

1. Hòa giải thương mại

a) Một số vấn đề chung:

Trong quá trình thực hiện các giao dịch, các bên trong giao dịch thường có những xung đột về quyền và nghĩa vụ. Để giải quyết những xung đột đó, các bên thường có những điều khoản về đàm phán/thương lượng, và khi việc đàm phán/thương lượng không thành công thì những tranh chấp đó thường được đưa ra giải quyết bằng con đường tòa án, trọng tài thương mại.

Có một phương pháp khác thuộc hệ thống các phương pháp giải quyết tranh chấp thay thế (ADR) có thể giúp các bên giải quyết được tranh chấp và có một thỏa thuận mới để có thể tiếp tục thực hiện giao dịch dân sự, đó là hòa giải. Hòa giải là cuộc đàm phán, trong đó một bên thứ ba độc lập (hòa giải viên) giúp các bên tiến đến thỏa thuận chung tìm ra giải pháp giải quyết xung đột. Cuộc đàm phán đó, về cơ bản, không ràng buộc cho đến khi nội dung cuối được thống nhất thành một văn bản và được ký bởi các bên. Vì thế, hòa giải tập trung vào các bên đương sự, Luật sư tham gia với tư cách hỗ trợ (nếu có) và hòa giải viên sẽ điều hành quá trình này.

Nhìn chung, phần lớn các phiên hòa giải kéo dài một buổi cho đến không quá một ngày, mặc dù một số khác (ví dụ các vụ việc có giá trị tranh chấp thấp) thường bị giới hạn về thời gian. Thông thường, sẽ có một phòng chính và phòng riêng cho các bên. Ngày làm việc thường bắt đầu với các cuộc gặp riêng của hòa giải viên với từng bên và sau đó mọi người gặp nhau ở phòng chính cho buổi làm việc mở, nơi mà mọi vấn đề được đưa ra và chiến lược được nhất trí. Ở một giai đoạn nào đó, các bên sẽ trở lại phòng của mình và hòa giải viên sẽ trao đổi thông tin với họ, tìm ra vấn đề và hỗ trợ việc tạo ra một thỏa thuận cuối cùng. Có thể sẽ có những buổi làm việc mở hoặc chung hoặc các cuộc họp giữa các chuyên gia và Luật sư. Thường thì những người đưa ra quyết định sẽ gặp nhau để kết thúc việc giải quyết tranh chấp và sau đó các Luật sư sẽ soạn thỏa thuận hòa giải thành để các bên ký.

Vai trò của một Hòa giải viên thương mại:

- Kiểm soát quá trình hòa giải;
- Khởi động quá trình giao tiếp và trao đổi thông tin giữa các bên;
- Kiểm soát cảm xúc của các bên và có chiến thuật sử dụng thông tin hiệu quả (điều gì cần giữ, điều gì cần đưa ra, điều gì cần hạn chế);
- Giúp các bên tiến đến đạt được thỏa thuận.

Để làm tốt vai trò, Hòa giải viên cần:

- Kiểm soát tốt quá trình hòa giải;
- Cẩn thận khi xử lý các vấn đề nhạy cảm;

- Công tâm và độc lập;

- Luôn luôn lạc quan, tin rằng việc hòa giải sẽ có hiệu quả;

- Nhiệt huyết, giữ không khí làm việc đặc biệt khi các bên thể hiện thái độ chán nản.

Một vài vấn đề khác Hòa giải viên cần lưu tâm là:

- Thư xác nhận hòa giải viên cần phải rõ ràng về những thông tin cần cung cấp, thời gian biểu và các vấn đề khác như thời gian, địa điểm, phí, v.v.;

- Sự chuẩn bị cần chu đáo và đủ để hòa giải viên tự tin về vấn đề và khiếu nại, đặc biệt là về những chi tiết tài chính;

- Hòa giải viên cần đến sớm, kiểm tra phòng, chỗ ngồi, lối vào, cơ sở vật chất phục vụ cho việc hòa giải;

- Phải đặt ra những quy tắc rõ ràng của phiên hòa giải;

- Làm việc theo đúng lịch trình và thông báo cho mọi người về thời gian và trình tự làm việc;

- Soạn thảo một thỏa thuận hòa giải ;

- Chú ý về việc nghỉ giải lao, nếu phiên hòa giải kéo dài.

b) Kỹ năng hòa giải:

Một hòa giải viên tốt cần có những kỹ năng sau đây:

- Kết bạn: Tạo dựng mối quan hệ với các bên và với cố vấn của họ, lắng nghe câu chuyện của họ và thấu hiểu, chia sẻ cảm xúc để họ tin tưởng chia sẻ những thông tin nhạy cảm khi biết chúng sẽ không bị sử dụng để chống lại mình.

Thành công của quá trình hòa giải phần lớn dựa trên khả năng của hòa giải viên trong việc tạo dựng mối quan hệ tin tưởng lẫn nhau với các bên và cố vấn của họ một cách nhanh chóng, hiệu quả. Hòa giải viên phải lắng nghe, thấu hiểu và điều tiết cảm xúc để có thể tóm lược lại và sắp xếp lại trật tự của vấn đề.

- Đàm phán:

+ Sử dụng thông tin được cung cấp theo cách hiệu quả và tích cực nhất có thể;

+ Giải quyết vấn đề;

+ Giữ thể diện cho các bên.

- Giao tiếp: Giải thích rõ ràng những điều các bên còn chưa hiểu và những tình huống bế tắc; Giúp các bên trao đổi với nhau trong bầu không khí an toàn, không thù địch.

- Đưa ra các câu hỏi một cách hợp lý: Thể hiện phương pháp hỏi, khả năng phản biện mà không tỏ ra thiên vị, tái sắp xếp những tuyên bố tiêu cực hay công kích để chúng trở thành những lời nói tích cực, mang tính hòa giải hơn. Cần lưu ý, một câu hỏi sai có thể làm cho cuộc giao tiếp bị chặn đứng, thậm chí, phá hủy mối quan hệ tốt đẹp giữa các bên.

- Nhẫn nại và kiên định: Hòa giải viên nên là người cuối cùng ra về và là người luôn có cái nhìn tích cực về cuộc hòa giải, dù nó có trở nên khó khăn thế nào đi nữa. Niềm tin rằng cuộc Hòa giải có hiệu quả, thái độ tích cực, tự tin của Hòa giải viên là yếu tố quan trọng giữ cho các bên tiếp tục. Do đó, đây một cách mà Hòa giải viên điều chỉnh hành vi của các bên.

- Quản lý thời gian: Một trong những hạn chế tiềm ẩn của hòa giải là sự tồn đọng về mặt thời gian. Việc hòa giải viên thông báo cho các bên chương trình làm việc và các nguyên tắc tiến hành giải quyết tranh chấp trong ngày hòa giải là rất quan trọng. Cuộc đàm phán nên được tiến hành đúng theo lịch trình và có một người đôn đốc, nhắc nhở các bên về giới hạn thời gian cho mỗi hoạt động.

Hòa giải viên cần quản lý, điều hành ngày làm việc theo cách có hiệu quả, tiết kiệm thời gian nhất, giúp các bên tận dụng được tốt nhất cơ hội và có được thỏa thuận tốt nhất. Một hòa giải viên tốt cần lưu ý các vấn đề sau đây:

+ Giai đoạn chuẩn bị:

Chỉ định hòa giải viên: Thông thường, Hòa giải viên được chỉ định trong hợp đồng hoặc trong thỏa thuận giữa các bên khi giao kết hợp đồng.

Lý lịch (Profile): Các bản lý lịch (CV) nhìn chung khá quan trọng. Bản lý lịch tạo ra sự khác biệt đối với một hòa giải viên được chọn.

Chi phí hòa giải: Tiền phí đóng vai trò quan trọng trong việc lựa chọn hòa giải viên. Có nhiều hình thức đưa ra mức phí, ví dụ như phí trọn gói cho các ngày tham gia hòa giải và chi phí đi lại, việc đưa ra mức phí trọn gói giúp các bên tranh chấp nhận thức rõ hơn về mức độ hợp tác và trách nhiệm của họ trong quá trình giải quyết tranh chấp.

Ngày hòa giải: Khi đưa ra lựa chọn về ngày giờ tham gia hòa giải, các hòa giải viên phải thực tế về việc đưa ra khoản thời gian đủ và hợp lý, tránh việc thực hiện hòa giải liên tục nhiều lần.

Trợ lý: Việc tận dụng một trợ lý không chỉ giúp hòa giải viên nhận được sự hỗ trợ kịp thời mà còn tạo cơ hội đào tạo, phát triển thêm một hòa giải viên khác trong tương lai.

Xác nhận lịch hẹn: Cần chuẩn bị mẫu e-mail hoặc thư xác nhận lịch hẹn, có thể tùy chỉnh theo nội dung từng vụ việc.

Tóm tắt vụ việc và các tài liệu: Hòa giải viên cần phải nắm càng nhiều các thông tin về vụ việc càng tốt, nhằm mục đích mang lại lợi ích cao nhất cho các bên tiến đến giải quyết thành công vụ tranh chấp.

Các lưu ý về địa điểm và cơ sở vật chất: Thực tiễn cho thấy, hiếm khi hòa giải viên là người đưa ra đề xuất về địa điểm mà thường do các bên thỏa thuận. Lời khuyên đưa ra là, cần lưu ý các bên phải chuẩn bị tối thiểu 02 phòng riêng (một phòng để hòa giải viên (và trợ lý của mình) làm việc với từng bên, và phòng còn lại là phòng chung để hòa giải viên và cả hai bên cùng bàn bạc và thảo luận).

Phương tiện: Việc tối ưu hóa các công cụ văn phòng, điển hình là bảng đứng (flipchart) sẽ giúp mang lại hiệu quả khi giải quyết vụ việc, nhất là những khi cần ghi lại các điểm chính hoặc cập nhật các công việc cần làm sau đó.

Vai trò của các bên: Hai bên được hòa giải cần tham dự đầy đủ cuộc gặp, đúng giờ và sẵn sàng trình bày nội dung và ý kiến về vụ việc.

+ Giai đoạn khai mạc (Opening session):

Mục đích: Để hòa giải viên chứng minh và thể hiện uy tín bản thân; Tạo ra sự đối thoại và giao tiếp giữa các bên; Để các bên lắng nghe

tình huống pháp lý và ý kiến chuyên gia của bên mình; Cơ hội để các bên nói lên chính kiến của mình; Để các bên nhìn nhận vai trò của mình trong quá trình hòa giải; Tạo cơ hội để các bên hợp tác cùng nhau tìm ra hướng giải quyết.

Các bên chủ sự bắt đầu giới thiệu để “khai mạc” buổi gặp và hòa giải viên sẽ khuyến khích họ đưa ra chính kiến và nói lên quan điểm càng nhiều càng tốt.

+ Giai đoạn tìm hiểu (exploring stage):

Mục đích: Giai đoạn tìm hiểu là giai đoạn then chốt của bất kỳ cuộc hòa giải nào. Trong giai đoạn này, Hòa giải viên đẩy xa hơn mối quan hệ đã có từ trước, củng cố niềm tin của các bên và xác định lợi ích, nhu cầu thực sự của họ.

Phiên làm việc riêng (private meeting): Mỗi bên trong tranh chấp thường không muốn để lộ thông tin nhạy cảm trước mặt bên kia vì các thông tin đó có thể làm yếu đi lợi thế đàm phán của họ. Vì vậy, các cuộc gặp giữa một bên và hòa giải viên trong phòng riêng là cần thiết vì hòa giải viên phải biết được nguyên nhân và tình thế của mỗi bên.

Giữ thể diện: Một nguyên nhân thường thấy khiến việc hòa giải đi vào ngõ cụt là các bên đã bị dồn vào chân tường và không có lối thoát. Hòa giải viên có thể làm thay đổi sự tập trung vào vị thế của một bên và giúp họ thương lượng. Hòa giải viên cũng cần hạn chế việc một bên tự đặt mình vào thế chấp nhận hoặc bỏ đi (take-it-or-leave-it) trong khi đàm phán. Cần tránh nói đến mức bồi thường hay lời đề nghị cuối cùng, nên để các bên có được sự linh hoạt tối đa để đạt được thỏa thuận.

Mối quan hệ và giải quyết vấn đề: Đằng sau phần lớn các vụ tranh chấp là một mối quan hệ bị sứt mẻ của hai bên. Dành thời gian nhiều hơn cho mối quan hệ thường làm nhu cầu của một bên trở nên rõ ràng hơn và các động thái tiến tới thỏa thuận trở nên trơn tru, mang tính hợp tác hơn. Nếu mỗi bên được lắng nghe và tổn hại của họ được nhìn nhận, có nhiều khả năng là họ sẽ tiếp tục. Điều này không có nghĩa là việc giải quyết vấn đề là không phù hợp, mà là nên xử lý mối quan hệ trước khi tìm ra giải pháp.

Tiến tới hòa giải: Khi nhu cầu của các bên đã được xác định, việc định hình thỏa thuận có thể được tiến hành.

Khuyến khích sự hợp tác: Không có thỏa thuận nào cho đến khi các bên đều nói "Đồng ý".

Kiên nhẫn: Dành thời gian cho việc xác định nhu cầu của các bên, đừng vội vàng đi tới giải pháp.

+ Giai đoạn đàm phán (negotiating stage):

Hình thành thỏa thuận: Hòa giải viên nên dành thời gian để tìm hiểu nhu cầu và mối quan hệ của các bên. Đây là tiền đề cho việc đàm phán thành công.

Mỗi bên sẽ có một phong cách, kỹ thuật và chiến lược đàm phán riêng. Nhiệm vụ của hòa giải viên là tạo điều kiện tối đa, bao gồm cả việc sử dụng các công cụ hữu hiệu như flip chart, biểu đồ, các số liệu hay bảng biểu để mô tả, thể hiện ý tưởng, mong muốn của các bên trong cùng một bối cảnh để dễ dàng tìm ra các điểm chung và các khoảng cách còn phải giải quyết.

+ Giai đoạn kết luận:

Đi đến thỏa thuận: Nếu các bên không đưa ra được thỏa thuận nào, họ thường nhờ hòa giải viên đưa ra kiến nghị. Đây là điều mà Hòa giải viên không nên thực hiện, vì nếu đưa ra gợi ý, Hòa giải viên có thể gây ra nguy cơ mất tính trung lập cộng với mối nguy chỉ có thể làm hài lòng một bên hoặc có khi không bên nào. Việc đưa ra kiến nghị khác với việc đưa ra đánh giá. Đánh giá là việc Hòa giải viên thể hiện ý kiến của mình về luật liên quan, khả năng vụ việc bị đưa ra Tòa án hay chỉnh sửa giải pháp.

Nếu Hòa giải viên đồng ý đưa ra kiến nghị thì phải dựa trên yêu cầu của tất cả các bên và gửi kiến nghị bằng văn bản cho tất cả vào cùng một thời điểm, với một khuyến cáo rằng nó được lập dựa trên những thông tin được lựa chọn có được trong quá trình hòa giải - Hòa giải viên không biết mình nhận được 90% hay 10% thông tin, vậy nên kiến nghị có thể sẽ rất thiếu sót.

Thỏa thuận hòa giải thành: Nếu các bên đạt được thỏa thuận về việc giải quyết một phần hoặc toàn bộ tranh chấp, họ sẽ lập Thỏa thuận hòa giải thành. Thỏa thuận hòa giải thành có chữ ký của các bên và hòa giải viên thương mại. Nếu hòa giải không thành trong ngày hòa giải, hòa giải viên nên mời các bên tới một buổi làm việc mở để: Nhìn lại quá trình bắt đầu từ ngày hòa giải; Tóm tắt những thỏa thuận đã đạt được, xác định những bất đồng còn lại; Lập danh sách những việc cần làm; Thống nhất về một kế hoạch để giải quyết tranh chấp; Bảo đảm rằng mọi người có thông tin liên lạc để phòng trường hợp cần đến hòa giải viên sau này.

Cho dù hòa giải có giải quyết được tranh chấp hay không, Hòa giải viên vẫn nên theo dõi vụ việc. Nếu tranh chấp được giải quyết, hòa giải viên có cơ hội xây dựng trên thiện chí đã có, cảm ơn các bên và thể hiện mong muốn sẽ được làm việc cùng nhau trong tương lai. Nếu tranh chấp không được giải quyết, các bên và hòa giải viên có thể thỏa thuận với nhau rằng hòa giải viên sẽ liên lạc sau một khoảng thời gian ngắn; nếu có sự việc gì phát sinh cần đến sự trợ giúp của bên thứ ba, hòa giải viên sẽ có mặt.

2. Vai trò của Luật sư trong hòa giải thương mại

Vai trò của Luật sư trong hòa giải là nghiên cứu tư vấn cho khách hàng về các điểm lợi, hại của hình thức giải quyết tranh chấp thông qua hòa giải, hỗ trợ giải thích và giải thích cho khách hàng về quy trình hòa giải cũng như nhiệm vụ của mỗi bên, chuẩn bị các tài liệu có liên quan, đồng thời thực hiện đo lường hoặc dự trù các rủi ro có thể xảy ra trong quá trình hòa giải, cũng như hỗ trợ việc soạn thảo chính đối với thỏa thuận hòa giải thành.

Thỏa thuận hòa giải thành bao gồm các nội dung chính sau đây (Điều 15 Nghị định số 22/2017/NĐ-CP ngày 24-02-2017 của Chính phủ về hòa giải thương mại): Căn cứ tiến hành hòa giải; Thông tin cơ bản về các bên; Nội dung chủ yếu của vụ việc; Thỏa thuận đạt được và giải pháp thực hiện; Các nội dung khác theo thỏa thuận của các bên phù hợp với quy định của pháp luật.

Khi thực hiện tư vấn, hỗ trợ khách hàng trong quá trình hòa giải và đặc biệt trong ngày hòa giải, Luật sư cần tránh tối đa việc can thiệp quá sâu vào quá trình trao đổi trực tiếp giữa khách hàng và Hòa giải viên. Trong trường hợp cần thiết hoặc được Hòa giải viên yêu cầu, có thể rời phòng hòa giải trong phiên làm việc riêng để khách hàng trao đổi riêng với Hòa giải viên. Tuy nhiên, trong mọi trường hợp, Luật sư cần bảo đảm sẵn sàng ở bên cạnh khách hàng để đưa ra các tư vấn về pháp lý, bảo đảm trình tự hòa giải phù hợp pháp luật, xử lý các vấn đề phát sinh, cũng như soạn thảo, cho ý kiến về các nội dung trao đổi hoặc về Thỏa thuận hòa giải thành.

Chịu trách nhiệm xuất bản
Q. GIÁM ĐỐC - TỔNG BIÊN TẬP
PHẠM CHÍ THÀNH

Chịu trách nhiệm nội dung
P. GIÁM ĐỐC - PHÓ TỔNG BIÊN TẬP
PGS. TS. VŨ TRỌNG LÂM

Biên tập nội dung: TS. NGUYỄN THỊ QUỲNH NGA
Trình bày bìa: NGUYỄN ĐOÀN
Chế bản vi tính: NGỌC NAM
Sửa bản in: PHÒNG BIÊN TẬP
Đọc sách mẫu: PHÒNG BIÊN TẬP KỸ THUẬT

In 1.700 cuốn, khổ 16 x 24cm, tại Xí nghiệp in FAHASA,
Địa chỉ: 774 Trường Chinh, phường 15, quận Tân Bình, TP. Hồ Chí Minh.
Số đăng ký xuất bản 2835-2017/CXBIPH/5-121/CTQG.
Quyết định xuất bản số 2174-QĐ/NXBCTQG ngày 9-10-2017.
In xong và nộp lưu chiểu tháng 10-2017.
Mã số ISBN: 978-604-57-3445-2.